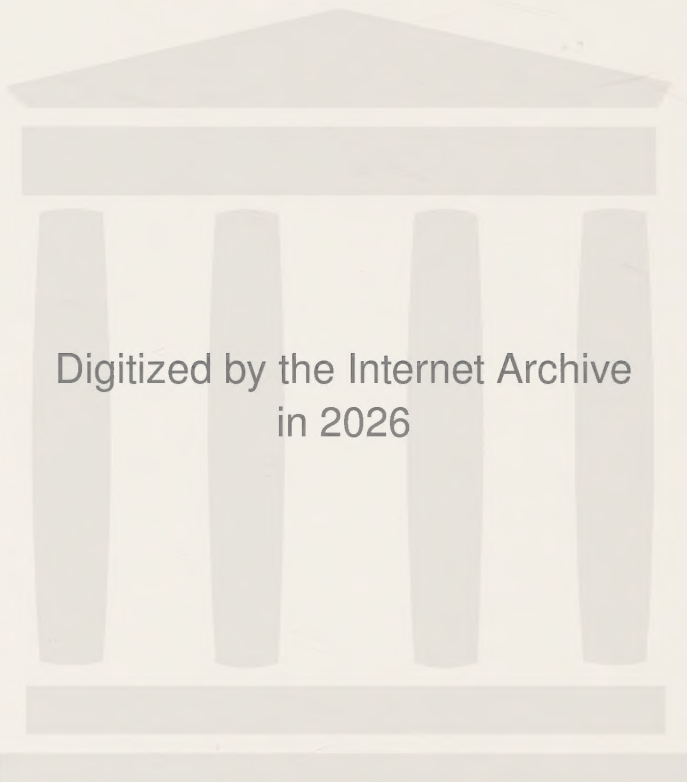


**Zessionsstatut
im Lichte des Übereinkommens
über das auf vertragliche
Schuldverhältnisse anzuwendende
Recht vom 19. Juni 1980**

Hubertus Keller



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Zessionsstatut
im Lichte des Übereinkommens
über das auf vertragliche
Schuldverhältnisse anzuwendende
Recht vom 19. Juni 1980

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt

von

Hubertus Keller

1985

Referent: Prof. Erik Jayme

Koreferent: Prof. Andreas Heldrich

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Februar 1985

Meinen Eltern

Mein besonderer Dank
gilt meinem verehrten Doktorvater,

Herrn Prof. Erik Jayme
für seine wertvollen Ratschläge.

Gliederung:

Einleitung (S. 1 - 11)

1. Kapitel: Ausgangspunkt der Betrachtungen (S. 1)
2. Kapitel: Fragestellung der Arbeit (S. 4)
3. Kapitel: Gang der Untersuchung (S. 11)

Erster Abschnitt: Geschichte der Zession,

Divergenz der Sachnormen (S. 12 - 72)

1. Kapitel: Rom (S. 12)
2. Kapitel: Deutschland (S. 17)
3. Kapitel: Frankreich (S. 21)
4. Kapitel: England (S. 25)
5. Kapitel: Wichtige Unterschiede im geltenden
Zessionsrecht verschiedener Länder (S. 29)
 - 1) Abstrakte oder kausale Natur der Forderungs-
abtretung (S. 29)
 - 2) Erforderlichkeit einer Benachrichtigung des
Schuldners (S. 33)
 - 3) Form des Zessionsvertrages (S. 36)
 - 4) Abtretbarkeit der Forderung (S. 37)
 - 5) Wirksamkeit des Grundgeschäfts (S. 41)
 - 6) Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts (S. 41)
 - 7) Verpflichtungen des Zedenten gegenüber dem
Zessionar (S. 42)
 - 8) Schutz des Schuldners (S. 43)
 - 9) Unterschiedliche Regelungen bezüglich der
Legalzession (S. 50)
 - a) Schuldnerschutzvorschriften (S. 50)
 - b) Der Eintritt der Legalzession (S. 53)
 - aa) Im Auftragsrecht zugunsten des Auf-
traggebers (S. 54)
 - bb) Zugunsten des Sicherungsgebers (S. 54)
 - cc) Zugunsten des Versicherers gegenüber
dem Schädiger (S. 56)

Zweiter Abschnitt: Darstellung der verschiedenen Meinungen
zur Anknüpfung der Zession (S. 73 - 134)

1. Kapitel: Stand der Meinungen zur Anknüpfung der
Forderungsabtretung (S. 75)

I. BRD (S. 75)

- 1) Die herrschende Meinung (S. 75)
- 2) Abweichende Meinungen (S. 86)
- 3) Eigene Stellungnahme (S. 87)

II. Frankreich (S. 92)

III. England (S. 97)

IV. Zusammenfassung (S. 101)

2. Kapitel: Stand der Meinungen zur kollisionsrecht-
lichen Behandlung der Legalzession (S. 103)

I. Übereinstimmende Anknüpfung bestimmter Fragen
an das Forderungsstatut (S. 104)

II. Umstrittene Anknüpfung des Eintritts der
Legalzession (S. 105)

- 1) Die herrschende Meinung (S. 106)
- 2) Gegenmeinungen (S. 113)
- 3) Eigene Stellungnahme (S. 121)

Dritter Abschnitt: Das römische Übereinkommen über das auf
vertragliche Schuldverhältnisse anzu-
wendende Recht (S. 135 - 225)

Einleitung (S. 135)

1. Kapitel: Die Anknüpfung der Forderungsabtretung gemäß
Art. 12 des Übereinkommens (S. 143)

I. Regelung der bislang weitgehend unstreitigen Fragen
durch Art. 12 des Übereinkommens (S. 143)

II. Anknüpfung des Erfordernisses einer Mitteilung
an den Schuldner (S. 144)

III. Anknüpfung des Zustandekommens und der Wirksamkeit
des Verfügungsvertrages (S. 145)

2. Kapitel: Die Anknüpfung der Legalzession gemäß
Art. 13 des Übereinkommens (S. 163)

I. Die bislang herrschende Meinung (S. 163)

II. Auslegung des Art. 13 (S. 164)

III. Auseinandersetzung der Sachverständigengruppe
mit den Gegenmeinungen zur Anknüpfung des Ein-
tritts der Legalzession (S. 165)

III.

IV. Regelung der Abtretbarkeit der Forderung durch
Art. 13 (S. 167)

3. Kapitel: Ausfüllung der Regelungslücken des Art. 13
des Übereinkommens (S. 169)

I. Gesetzlicher Übergang außervertraglicher For-
derungen (S. 169)

II. "Ablösungsrecht" und "gewöhnliche Legalzession" (S. 170)

III. Behandlung der Fälle, in denen es zu einer Konkurrenz
von verschiedenen Regreßordnungen kommt (S. 180)

IV. Zessionsstatut und öffentliches Recht (S. 190)

4. Kapitel: Zessionsstatut und Einheitsrecht (S. 202)

5. Kapitel: Abschließende Zusammenfassung (S. 222)

Literaturverzeichnis

- Anson, William R. Law of contract, 25.ed by Guest,
Oxford 1979, zit.: Anson
- Arminjon, Pierre Précis de droit international privé,
3. Auflage, Paris 1958, zit.:
Arminjon.
- Arndt, Karl -Zessionsrecht, Berlin/Leipzig 1932,
zit.: Arndt.
- "Die "Provisions-Doktrin" - ein Ersatz
für die Sicherungsabtretung von For-
derungen", in JW (19) 31, S. 3045 ff,
zit.: Arndt, JW 31.
- Batiffol, Henri -Les conflits de loi en matière de
contrats, Paris 1938, zit.: Batiffol.
- "Projet de Convention C.E.E. sur la
loi applicable aux obligations con-
tractuelles", in Rev. trim. de dr.
eur., 1975, S. 181 ff., zit.:
Batiffol, Rev. trim. de dr. eur. 1975.
- Batiffol, Henri/
Lagarde, Paul Droit international privé, 7. Auf-
lage, Band 2, Paris 1983, zit.:
Batiffol/Lagarde.
- Beemelmans, Hubert "Das Statut der Cessio legis, der
action directe und der action
oblique", in RabelsZ 29 (1965),
S. 511 ff., zit.: Beemelmans,
RabelsZ 29 (1965).

- | | |
|--|--|
| Bernstein, Herbert | "Gesetzlicher Forderungsübergang und Prozeßführungsbefugnis im IPR unter Berücksichtigung versicherungsrechtlicher Aspekte", in Festschrift für Sieg, Karlsruhe 1976, S. 49 ff., zit.: Bernstein. |
| Brunner, Heinrich | <ul style="list-style-type: none"> -Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts, Stuttgart 1894, zit.: Brunner, Forschungen. -Das französische Inhaberpapier des Mittelalters, Berlin 1897, zit.: Brunner, Das französische Inhaberpapier. |
| Brunner, Heinrich/
Schwerin, Claudius v. | Grundzüge der Rechtsgeschichte, 8. Auflage, München/Leipzig 1930, zit.: Brunner/Schwerin. |
| Buch, Georg | Die Übertragbarkeit der Forderungen im mittelalterlichen deutschen Recht, Breslau 1912, zit.: Buch. |
| Bundsratsdrucksache
222/83, vom 20.05.1983 | Entwurf eines Gesetzes zur Neu-
regelung des Internationalen
Privatrechts, zit.: BR-Druck-
sache 222/83. |
| Bundsratsdrucksache
222/83 (Beschluß)
vom 01.07.1983 | Stellungnahme des Bundesrates
zum Entwurf eines Gesetzes zur
Neuregelung des Internationalen
Privatrechts, zit.: BR-Druck-
sache 222/83 (Beschluß). |

VI:

Bundesratsdrucksache

224/83, vom 20.05.1983

Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (mit Text des Übereinkommens, S. 6 ff., Denkschrift, S. 21 ff. und Bericht, S. 33 ff.) zit.: BR-Drucksache 224/83.

Bundestagdrucksache

10/503, vom 20.10.1983

Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (mit Text des Übereinkommens, S. 6 ff. Denkschrift, S. 21 ff., Bericht, S. 33 ff., Stellungnahme des Bundesrates, S. 83 und Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, S. 84), zit.: BT-Drucksache 10/503.

Bundestagdrucksache

10/504, vom 20.10.1983

Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts (mit Begründung, S. 20 ff., Stellungnahme des Bundesrates, S. 98 ff. und Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, S. 104 ff.) zit.: BT-Drucksache 10/504.

Bürgerliches Gesetzbuch

mit besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des Reichsgerichts und des BGH, Kommentar, herausgegeben von Mitgliedern des BGH, Band III, 2, 11. Auflage, Berlin 1963, Bearbeiter Kregel, zit.: BGB-RGRK/Kregel.

VII.

Cheshire, G.C. &
Fifoot, C.H.S.

Law of Contract, 10. Auflage,
London 1981, zit.: Cheshire &
Fifoot.

Cheshire, G.C. &
North, P.M.

Private international law, 10.
Auflage, London 1979, zit.:
Cheshire & North.

Coing, Helmut

"Zur Anwendung zwingender aus-
ländischer Verträge: Art. 7 des
Übereinkommens über das auf ver-
tragliche Schuldverhältnisse
anzuwendende Recht", im WM 1981,
S. 810 ff., zit.: Coing, WM 1981.

Collins, Lawrence

"Contractual obligations - The
E.E.C. preliminary draft convention
on private international law", in
Int. and comp. law quarterly,
1976, S. 35 ff., zit.: Collins,
Int. and comp. law quarterly, 1976.

Despagnet, Frantz

Précis de droit international
privé, 5. Auflage, Paris 1909,
zit.: Despagnet.

Dicey, Albert Venn &
Morris, John Humphrey
Carlile

The Conflict of Laws, 10. Auf-
lage, London 1980, zit.:
Dicey & Morris.

Dölle, Hans

-Kommentar zum Einheitlichen Kauf-
recht, München 1976, zit.:
Dölle/Bearbeiter.

VIII.

- "Bemerkungen zu Art. 17 des Einheitsgesetzes über den internationalen Kauf beweglicher körperlicher Gegenstände", in Festschrift für Ficker, Frankfurt 1967, S. 138 ff., zit.: Dölle, Festschrift für Ficker.

Erman, Walter/
Westermann, Harry

Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Auflage, Münster 1981, zit.: Erman/Westermann/Bearbeiter.

Esser, Josef

Schuldrecht, Band 1, 4. Auflage, Karlsruhe 1970, zit.: Esser.

Ferid, Murad

Das französische Zivilrecht, Band 1: Allgemeine Lehren, Recht der Schuldverhältnisse, Frankfurt a. Main/Berlin 1971, zit.: Ferid, I.

Firsching, Karl

- Einführung in das IPR, 2. Auflage, München 1981, zit.: Firsching.
- "Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (IPR-Vertragsübereinkommen) vom 19.06.1980", in IPRax 1981, S. 37 ff., zit.: Firsching, IPRax 1981.

Foyer, Jacques

"L'avant-projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles", in Clunet

IX.

1976, S. 555 ff., zit.: Foyer,
Clunet 1976.

Frank, Rainer

"Öffentlichrechtliche Ansprüche
fremder Staaten vor inländischen
Gerichten", in Rabels Z. 34
(1970), S. 56 ff., zit.: Frank,
RabelsZ 34 (1970).

Frankenstein, Ernst

Internationales Privatrecht,
Band 2, Berlin 1929, zit.:
Frankenstein.

Gaudemet-Tallon,
Hélène

"Le nouveau droit international
privé européen des contrats",
in Revue trim. de dr. eur. 1981,
S. 215 ff., zit.: Gaudemet-
Tallon, Revue trim. de dr. eur.
1981.

v. Gierke, Otto

-Deutsches Privatrecht, Band 3,
München 1917, zit.: Gierke,
Deutsches Privatrecht.
-Schuld und Haftung im älteren
deutschen Recht, Breslau 1910,
zit.: Gierke, Schuld und
Haftung.

Girard, Paul F./
Mayr, Robert v.

Geschichte und System des Römi-
schen Rechts, Berlin 1908, zit.:
Girard/Mayr.

- | | |
|-----------------------|---|
| Gitter, Wolfgang | "Haftungsausschluß und gesetzlicher Forderungsübergang bei Arbeitsunfällen im Ausland", in NJW 1965, S. 1108 ff., zit.: Gitter, NJW 1965. |
| Giuliano, Mario | "Rapport concernant l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles, établi par Mario Giuliano, Milan (pour les chapitres I et II et pour le commentaire des Art. 2 à 17)", in European private international law of obligations, Tübingen 1975, S. 241 ff., zit.: Giuliano, Rapport. |
| Guldener, Max | Zession, Legalzession und Subrogation im IPR, Aarau 1930, zit.: Guldener. |
| Halsbury, the Earl of | Laws of England, 4. Ausgabe, London 1974, zit.: Halsbury. |
| Hausheer, Heinz | "Zur Regreßordnung der Schweiz im IPR bei der Haftung mehrerer Haftpflichtiger aus verschiedenen oder gleichgearteten Rechtsgründen", in SJZ 1966, S. 353 ff., zit.: Hausheer, SJZ 1966. |

Heini, Anton

"Ausländische Staatsinteressen und internationales Privatrecht", in ZSR 100, 1 (1981), S. 65 ff., zit.: Heini, ZSR 100, 1 (1981).

Heldrich, Andreas

- "Die Interessen bei der Auslegung der internationalen Zuständigkeit", in Festschrift für Hans G. Ficker, Frankfurt a. Main/Berlin 1967, S. 205 ff., zit.: Heldrich, Festschrift für Ficker.

- "Heimwärtsstreben auf neuen Wegen. Zur Anwendung der Lex fori bei Schwierigkeiten der Ermittlung ausländischen Rechts", in "Konflikt und Ordnung", Festschrift für Ferid, München 1978, S. 209 ff., zit.: Heldrich, Festschrift für Ferid.

Heusler, Andreas

Institutionen des deutschen Privatrechts, Leipzig 1885, zit.: Heusler.

v. Hoffmann, Bernd

- "Empfiehl es sich, das EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in das deutsche IPR-Gesetz zu inkorporieren?", in IPRax 1984, S. 10 ff., zit.: v. Hoffmann, IPRax 1984.

- "General report on contractual obligations", in European private international law of obligations, Tübingen 1975, S. 1 ff., zit.: v. Hoffmann, European private international law of obligations.

XII.

- Hübner, Rudolf Grundzüge des deutschen Privatrechts,
5. Auflage, Leipzig 1930, zit.: Hübner.
- Jacquemont, A Anmerkung zur Entscheidung des Cour
d'appel de Paris vom 15.03.1983, in
Clunet 1984, S. 147 ff., zit.:
Jacquemont, Clunet 1984.
- Jayme, Erik -"Staatsverträge zum IPR", Heft 16 der
Berichte der Deutschen Gesellschaft
für Völkerrecht, 1975, S. 7 ff., zit.:
Jayme, Staatsverträge. .
- "Considérations historiques et
actuelles sur la codification du
droit international privé", in
Receuil des cours, Band IV 1982,
S. 9 ff., Den Haag/Boston/London
1983, zit.: Jayme, considérations.
- "Rechtsvergleichung im internatio-
nalen Privatrecht. Eine Skizze",
in Festschrift für Fritz Schwind,
Wien 1978, S. 103 ff., zit.: Jayme,
Festschrift für Schwind.
- "Sprachrisiko und internationales
Privatrecht beim Bankverkehr mit
ausländischen Kunden", in "Recht
und Wirtschaft in Geschichte und
Gegenwart", Festschrift für Jo-
hannes Bärman, München 1975,
S. 509 ff., zit.: Jayme, Fest-
schrift für Bärman.
- "Rückverweisung durch im Ausland
geltende Staatsverträge", in
Festschrift für Beitzke, Berlin/
New York 1979, S. 541 ff., zit.:
Jayme, Festschrift für Beitzke.

XIII.

- "Zur Krise des "Governmental - Interest Approach", in "Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts", Festschrift für Gerhard Kegel, Frankfurt 1977, S. 359 ff., zit.: Jayme, Festschrift für Kegel.

- Kollisionsrecht und Bankgeschäfte mit Auslandsberührung, Berlin 1977, zit.: Jayme, Bankgeschäfte.

Jayme, Erik/
Hausmann, Rainer

Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 1. Auflage 1978 und 2. Auflage 1983, München, zit.: Jayme/Hausmann, 1. Auflage bzw. Jayme/Hausmann, 2. Auflage.

Jörs, Paul/
Kunkel, Wolfgang/
Wenger, Leopold

· Römisches Recht, 3. Auflage, Berlin 1978, zit.: Jörs / Kunkel/ Wenger.

Jünger, Friedrich K.

"Parteiautonomie und objektive Anknüpfung im EG-Übereinkommen zum Internationalen Vertragsrecht", in RabelsZ 46 (1982), S. 57 ff., zit.: Jünger, RabelsZ 46 (1982).

- König, Detlef "Vereinheitlichung des internationalen Schuldrechts in der Europäischen Gemeinschaft", in Europarecht 1975, S. 289 ff., zit.: König, Europarecht 1975.
- Koeppel, Klaus Die deutsche Devisengesetzgebung im internationalen Privatrecht, Berlin 1938, zit.: Koeppel.
- Kropholler, Jan "Der "Ausschluß" des internationalen Privatrechts im einheitlichen Kaufgesetz", in RabelsZ 38 (1974), S. 372 ff., zit.: Kropholler, RabelsZ 38 (1974).
- Laberenz, Bernhard Der gesetzliche Forderungsübergang im IPR, Augsburg 1969, zit.: Laberenz.
- Lagarde, Paul -"Les contrats dans le projet suisse de codification du droit international privé", in Schweizer Jahrbuch für internationales Recht, 1979, S. 72 ff., zit.: Lagarde, Schweizer Jahrbuch für internationales Recht, 1979.
-Anmerkung zu den Urteilen des Cour de cassation (1 re Ch. civ.) vom 17. März 1970 und des Cour de cassation de Belgique (1 re Ch.) vom 23. Oktober 1969, in Revue cr. de dr. int. pr. 59 (1970), S. 692 ff., zit.: Lagarde, Revue cr. de dr. int. pr. 59 (1970).
- Lando, Ole "Les obligations contractuelles", in European private international law of obligations, Tübingen 1975, S. 125 ff., zit.: Lando, European private international law of obligations.

XVI.

- Larenz, Karl Allgemeiner Teil des BGB, 6. Auflage, München 1983, zit.: Larenz AT.
- Lewald, Hans Das deutsche IPR auf der Grundlage der Rechtssprechung, Leipzig 1931, zit.: Lewald.
- Loussouarn, Yvon Droit international privé, 2. Auflage, Paris 1980, zit.: Loussouarn.
- Mac Gillivray, E.J.
& Parkington, Michael Insurance law relating to all other risks than marine, 6. Auflage, London 1975, zit.: Mac Gillivray & Parkington.
- Mann, Frederick A. -"Eingriffsgesetze und internationales Privatrecht", in "Rechtswissenschaft und Gesetzgebung", Festschrift für Wahl, Heidelberg 1973, S. 139 ff., zit.: Mann, Festschrift für Wahl.
- "Einheitliches Kaufgesetz im internationalen Privatrecht", in JZ 1975, S. 17 ff., zit.: Mann, JZ 1975.
- "Sonderanknüpfung und zwingendes Recht im internationalen Privatrecht", in Festschrift für Beitzke, Berlin/New York 1979, S. 607 ff., zit.: Mann, Festschrift für Beitzke.

XVII.

- Mayer, Doris Maria Der Regreß im internationalen
Privatrecht, Zürich 1982, zit.:
Mayer Doris Maria.
- Mayer, Pièrre Droit international privé, 2. Auflage,
Paris 1983, zit.: Mayer Pièrre.
- Mazeaud, Henri, Léon,
Jean Lecons de droit civil, Band 1,
5. Auflage 1972, Band 2, 3. Auf-
lage 1966, Band 3, 4. Auflage
1974, Paris, zit.: Mazeaud.
- Mertens, Hans Joachim/
Rehbinder, Eckhard Internationales Kaufrecht, Kommen-
tar zu den Einheitlichen Kaufge-
setzen, Frankfurt 1975, zit.:
Mertens/Rehbinder.
- Morris, John
Humphrey Carlile The Conflict of Laws, 2. Ausgabe,
London 1980, zit.: Morris.
- Münchener Kommentar Münchener Kommentar zum Bürger-
lichen Gesetzbuch, Band 7, Ein-
führungsgesetz zum BGB, Inter-
nationales Privatrecht, 1983,
zit.: Münchener Kommentar/
Bearbeiter.
- Nadelmann, Kurt "Impressionism and Unification
of Law: The E.E.C. Draft Con-
vention on the Law Applicable
to Contractual and Non-Con-
tractual Obligations", in Am.
Journal of comp. law quarterly,
1976, S. 1 ff., zit.: Nadelmann,
Am. J. of comp. law quart. 1976.

- | | |
|---------------------|---|
| Neumayer, Karl H. | - "Um die Zukunft des einheitlichen Kaufrechts", in Festschrift für Cohn, Heidelberg 1975, S. 163 ff., zit.: Neumayer, Festschrift für Cohn. |
| | - "Zur Revision des Haager einheitlichen Kaufrechts: Gefahrtragung, Gehilfenhaftung, fait du vendeur und Lückenproblem", in Festschrift für Ernst von Caemmerer, Tübingen 1978, S. 955 ff., zit.: Neumayer, Festschrift für v. Caemmerer. |
| Neumeyer, Karl | Internationales Privatrecht, 2. Auflage, München/Berlin/Leipzig 1930, zit.: Neumeyer. |
| Niederer, Werner | Einführung in die allgemeinen Lehren des IPR, 3. Auflage, Zürich 1961, zit.: Niederer. |
| Oftinger, Karl | Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band 1, 2. Auflage, Zürich 1958, zit.: Oftinger. |
| Palandt, Otto | Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 43. Auflage, München 1984, bearbeitet von Andreas Heldrich u.a., zit.: Palandt/Bearbeiter. |
| Perlingieri, Pietro | "Della cessione dei crediti", in Scialoja Branca, Commentario del Codice civile, Band IV, 1982. |

- Pillet, Antoine Traité pratique de droit international privé, Band 1, Grenoble/Paris 1923, zit.: Pillet, Traité I.
- Planiol, Marcel/
Ripert, Georges Traité pratique de droit civil française, Band 7, Paris 1954, zit.: Planiol/Ripert VII.
- Pouliadis, Athanassios "Zur Legalzession von Schadensersatzansprüchen Deutscher aus einem Verkehrsunfall in Griechenland", in IPRax 1983, S. 312 f., zit.: Pouliadis, IPRax 1983.
- Prölss, Jürgen/
Martin, Anton Versicherungsvertragsgesetz, 23. Auflage, München 1984, zit.: Prölss/Martin.
- Raape, Leo Internationales Privatrecht, 5. Auflage, Berlin/Frankfurt 1961, zit.: Raape.
- Rabel, Ernst -The conflict of laws, Band 3, 2. Auflage, Ann Arbor 1964, zit.: Rabel, Conflicts III.
- "Golddollar-Anleihen mit Vereinbarung des New Yorker Rechts", in RabelsZ 10 (1936), S. 492 ff., zit.: Rabel, RabelsZ 10 (1936).
- Reithmann, Christoph Internationales Vertragsrecht, 3. Auflage, Köln 1980, zit.: Reithmann.

- Riese, Otto "Die Haager Konferenz über die internationale Vereinheitlichung des Kaufrechts vom 2. bis 25. April 1964", in RabelsZ 29 (1965), S. 1 ff., zit.: Riese, RabelsZ 29 (1965).
- Roos, Gottfried Über die Subrogation nach schweizerischem Recht, Bern 1928, zit.: Roos.
- Rüegsegger, Hans-Ulrich Die Abtretung im internationalen Privatrecht auf rechtsvergleichender Grundlage, Zürich 1973, zit.: Rüegsegger.
- Ryser, Hans-Ulrich Der Versicherungsvertrag im IPR, Bern 1957, zit.: Ryser.
- Schnyder, Anton K. "Regreßberechtigung einer deutschen Krankenversicherung gegenüber dem schweizerischen Haftpflichtigen", in IPRax 1983, S. 247, zit.: Schnyder, IPRax 1983.
- Schumann, Hans Die Forderungsabtretung im deutschen, französischen und englischen Recht, Marburg 1924, zit.: Schumann.
- Schwarz, Andreas "Garantievertrag und Bürgschaft", in Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht,

Band 3, Berlin 1937, herausgegeben von Schlegelberger, zit.: Schwarz, Bürgerschaft.

Siehr, Kurt

"Zum Vorentwurf eines EWG-Übereinkommens über das internationale Schuldrecht", in AWD 1973, S. 569 ff., zit.: Siehr, AWD 1973.

Snell, Edmund Henry Turner

Principles of equity, 28. ed. by Baker & Langan, London 1982, zit.: Snell.

Soergel, Hans Theodor-
Kegel, Gerhard

Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, Kommentar, Band 8, 11. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1984, zit.: Soergel-Kegel/Bearbeiter.

Sonnenberger, Hans-
Jürgen

Einführung in das französische Recht, Darmstadt 1972, zit.: Sonnenberger.

Staudinger, Julius v./
Firsching, Karl

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz zum BGB, Teil 2 b, Internationales Schuldrecht I, 10./11. Auflage, Berlin 1978, zit.: Staudinger/Firsching.

v. Thur, Andreas/
Escher, Arnold

Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band 2, 3. Auflage, Zürich 1974, zit.: v. Thur/Escher.

Vander Elst, Raymond

"Projet de Convention sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles", in Revue trim. de dr. eur., 1975, S. 187 ff., zit.: Vander Elst, Revue trim. de dr. eur. 1975.

Vischer, Frank

-Internationales Vertragsrecht, Bern 1962, zit.: Vischer.

-Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Basel/Frankfurt am Main 1982, zit.: Vischer, IPR.

Vogel, Klaus

Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, Frankfurt/Berlin 1965, zit.: Vogel.

Wengler, Wilhelm

-Bürgerliches Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des Reichsgerichts und des BGH, Kommentar, Band VI, IPR, Teil 1 und 2, 12. Auflage, Berlin/New York 1981, zit.: Wengler.

- "Surrogation", in Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht, herausgegeben von Schlegelberger, Band 6, Berlin 1937, S. 460 ff., zit.: Wengler, "Surrogation".

- "Über die Maxime von der Unanwendbarkeit ausländischer politischer Gesetze", in IntRDipl 1956, S. 191 ff., zit.: Wengler, IntRDipl 1956.

Westermann, Harry

Sachenrecht, 5. Auflage, Karlsruhe 1966, zit.: Westermann.

Williams, Josuah

Principles of the law of personal property, 17. Auflage, London 1913, zit.: Williams.

Windscheid, Bernhard/
Kipp, Theodor

Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Band, 8. Auflage, Berlin 1900, zit.: Windscheid/Kipp, Pandekten II.

Wolff, Martin

Das internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Auflage, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1954, zit.: Wolff.

Wolff, Martin/
Raiser, Ludwig

Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 3. Band, Sachenrecht, 10. Auflage, Tübingen 1957, zit.: Wolff/Raiser.

XXIV.

- Wussow, Werner "Die Legalzession im internationalen Privatrecht", in NJW 1964, S. 2325 ff., zit.: Wussow, NJW 1964.
- Zitelmann, Ernst Internationales Privatrecht, Band 2, München/Leipzig 1912, zit.: Zitelmann II.
- Zweigert, Konrad "Das Statut der Vertragsübernahme", in RabelsZ 23 (1958), S. 643 ff., zit.: Zweigert, RabelsZ 23 (1958).

Abkürzungsverzeichnis

Am. J. of comp. law quarterly	American Journal of comparative law quarterly.
App.	Appeal cases.
AS	Sammlung der eidgenössischen Gesetze.
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters.
BGBI.	Bundesgesetzblatt.
BGE II	Entscheidungen des schweizeri- schen Bundesgerichts, 2. Teil, Zivilrecht.
BGHWarn.	Warneyers Jahrbuch der Ent- scheidungen auf dem Gebiet des Zivil-, Handels- und Prozeß- rechts.
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofs in Zivilsachen.
Ch.	English Law Reports, Chancery Division.
Ch. civ.	Chambre civil.
Clunet	Journal du droit international.
Dalloz	Receuil Dalloz, Paris.

FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht.
Int. and comp. law quarterly	International and comparative law quarterly.
IntRDipl	Internationales Recht und Diplomatie.
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts.
IPRspr	Die deutsche Rechtssprechung auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts.
JR	Juristische Rundschau.
JZ	Juristenzeitung.
K.B.	English Law Reports, King's Bench Division.
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht.
NiemZ	Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht.
N.E. 2d	Northeastern Reporter.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
Q.B.	English Law Reports, Queen's Bench Division.

RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Recht.
Rép. civ.	Dalloz, Répertoire de droit civil, Band I - VII, 2. Ausgabe, Paris 1970 ff.
Rép. int.	Dalloz, Répertoire de droit international, Paris 1969.
Revue cr. de dr. int. pr.	Revue critique de droit international privé.
Revue trim. de dr. c.	Revue trimestrielle de droit commerciale.
Revue trim. de dr. eur.	Revue trimestrielle de droit européen.
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung.
VersR	Versicherungsrecht
WM	Wertpapiermitteilungen.
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht.

Einleitung

Erstes Kapitel

Ausgangspunkt der Betrachtungen

- 1) Sowohl bei der rechtsgeschäftlichen als auch bei der gesetzlichen Zession sind die Rechtsbeziehungen zwischen drei Personen betroffen, dem Schuldner, dem Gläubiger (Zedent), sowie dem neuen Gläubiger (Zessionar) einer Forderung.

Der Gläubiger hat gegen den Schuldner eine Forderung, die i.d.R. deliktischen oder vertraglichen Ursprungs ist. Das für diese Beziehung maßgebliche Statut wird im folgenden Forderungsstatut genannt. Forderungsstatut ist z.B. das Deliktsstatut, wenn die Forderung deliktischen Ursprungs ist, oder das Vertragsstatut, wenn die Forderung vertraglichen Ursprungs ist.

Der Gläubiger steht darüberhinaus mit dem Zessionar in Beziehungen, die i.d.R. vertraglicher Art sind. Das für diese Beziehung maßgebliche Statut wird im folgenden Zessionsgrundstatut genannt. Zessionsgrundstatut ist, wenn die Beziehungen zwischen Gläubiger und Zessionar vertraglicher Art sind, das Schuldstatut dieses Vertrages (z.B. Versicherungsvertrag, Bürgschaft, Kauf, Schenkung, etc.).

Kollisionsrechtliche Probleme entstehen in diesem Dreiecksverhältnis v.a. deshalb, weil das materielle Recht der Zession in verschiedenen Ländern unterschiedlich geregelt ist.

Das Bestreben aller Rechtsordnungen geht dabei dahin, einerseits einen möglichst freizügigen Verkehr mit Forderungen zu ermöglichen, andererseits aber den Schuldner davor zu schützen, daß sich seine Situation durch den Übergang der Forderung auf einen neuen Gläubiger verschlechtert.

Diese Ziele versuchen die verschiedenen Rechtsordnungen mit z.T. unterschiedlichen Mitteln zu verwirklichen. Zur Verdeutlichung einige Beispiele:

- a) Nach dem deutschen und dem schweizerischen Recht wird die Forderungsabtretung durch übereinstimmende Willenserklärungen von Zedent und Zessionar vollzogen, während der Code Civil und seine Tochterrechte für die Wirksamkeit der Zession zusätzlich eine Mitteilung (Signifikation)¹ an den Schuldner verlangen.
- b) Ein weiterer Unterschied besteht darin, daß die Forderungsabtretung nach den romanischen Rechten kausal, nach deutschem und schweizerischem Recht hingegen (ähnlich wie bei der sachenrechtlichen Eigentumsübertragung) abstrakt gestaltet ist, d.h. nach den romanischen Rechten ist Wirksamkeitsvoraussetzung für die Forderungsabtretung, daß ihr ein gültiges Kausalgeschäft (Kauf, Schenkung, etc.) zugrunde liegt, während dies nach deutschem und schweizerischem Recht für die Wirksamkeit der Forderungsabtretung ohne Bedeutung ist.

¹ Art. 1690 CCf, Art. 1264, 1265 CCit.

c) Hinsichtlich der Legalzession gibt es Fälle, in denen diese von einzelnen Rechtsordnungen angeordnet wird, während andere Rechtsordnungen für diese Fälle keine Legalzession vorsehen (oder statt dessen dem Dritten nur einen Anspruch auf Abtretung gegen den Gläubiger der Forderung gewähren).

Z.B. gehen nach Art. 401, Abs. 1 OR im schweizerischen Auftragsrecht die Forderungen, die der Auftragnehmer bei Durchführung des Auftrages erwirbt, kraft Legalzession auf den Auftraggeber über. Das deutsche Recht gibt in diesem Fall in § 667 BGB dem Auftraggeber nur einen Anspruch gegen den Auftragnehmer auf Abtretung dieser Ansprüche.

2) Die unterschiedliche Ausgestaltung der Zession in den verschiedenen Ländern erklärt sich teils aus der unterschiedlichen geschichtlichen Entwicklung der Zession in diesen Ländern, teils aus verschiedenen allgemeinen Grundgedanken der einzelnen Rechte.

Die Divergenz der zessionsrechtlichen Sachnormen macht die Schaffung kollisionsrechtlicher Regeln erforderlich. Kernpunkt aller internationalprivatrechtlichen Betrachtungen zur Zession ist deshalb die Frage nach dem Zessionsstatut, d.h. die Frage, welcher Rechtsordnung die Zession in Fällen mit Auslandsberührung zu unterstellen ist.

Zweites Kapitel

Fragestellung der Arbeit

Das Thema Zessionsstatut gewinnt in jüngster Zeit erneut an Aktualität, da zum einen verschiedene Nationen im Begriff sind, ihr nationales IPR zu reformieren² und darin auch erstmals Regelungen über die Anknüpfung der

2 Die Bundesrepublik Deutschland (vgl. Gesetzentwurf vom 20.05.1983, BR-Drucksache 222/83 und BT-Drucksache 10/504), die Schweiz (vgl. Gesetzentwurf vom 10.11.1982, Bundesblatt 1983 I, S. 263), Österreich (IPR-Gesetz vom 15.06.1978, erläuterten Text z.B. bei Köhler-Gürtler, Internationales Privatrecht, Wien 1979), die Türkei (Gesetz über internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, vgl. hierzu Hilmar Krüger, IPRax 1982, S. 252, mit vollständiger Übersetzung des Gesetzes), Jugoslawien (IPR-Gesetz vom 15.07.1982, vgl. hierzu Firsching, IPRax 1983, S. 1, mit vollständiger Übersetzung des Gesetzes). Diese neue Welle von Kodifikationen des IPR steht im Widerspruch zu den Angriffen, die ein Teil der modernen amerikanischen Doktrin und ihr folgend auch Teile der europäischen Doktrin gegen das traditionelle IPR vorbringen. Diese Ansicht sucht die Lösung internationaler Fälle nicht in der Formulierung von Kollisionsnormen, sondern in der Auslegung der in einem Fall mit Auslandsberührung tangierten materiellen Rechtsvorschriften, vgl. Jayme, *considérations*, S. 22; die Betrachtungen von Jayme erhellen die Gründe für diese Renaissance des traditionellen Kollisionsrechts und für dessen Kodifikation. (Kritisch zur modernen amerikanischen Doktrin des "better law approach" und des "governmental-interest approach" Jayme, *Festschrift für Kegel*, S. 359 ff.).

Zession aufzunehmen³, und da zum anderen am 19.06.1980 in Rom ein internationales Übereinkommen zur Unterzeichnung aufgelegt wurde⁴, das in seinen Art. 12 und 13 Kollisionsnormen in Bezug auf die Zession enthält⁵.

Dieses IPR-VertragsÜ ist von besonderer Bedeutung für den Rechtszustand in der BRD, da in dem bereits erwähnten Entwurf eines IPR-Gesetzes für die BRD die Regelungen des Übereinkommens im wesentlichen wort-

3 Vgl. Art. 33 des deutschen Entwurfs, sowie Art. 140, 141 und 142 des schweizerischen Entwurfs.

4 Das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980 (IPR-VertragsÜ), abgedruckt in IPRax 1981, S. 61 ff., in der BR-Drucksache 224/83 und in der BT-Drucksache 10/503, sowie bei Jayme/Hausmann, 2. Auflage, S. 77 ff..

5 Der deutsche, englische und französische Wortlaut der Art. 12 und 13 des Übereinkommens ist im Anhang abgedruckt.

und inhaltsgleich übernommen werden⁶.

Das römische Übereinkommen stellt naturgemäß einen Kompromiß zwischen den Kollisionsrechten der Mitgliedsstaaten dar, die sich auf dem Gebiet des internationalen Vertragsrechts, wenn auch nicht fundamental, so doch in einigen Nuancen und in einigen wichtigen Teilbereichen voneinander unterscheiden. Das mit dem Übereinkommen verfolgte Ziel, einheitliche Kollisionsregeln im Bereich des Vertragsrechts zu schaffen, kann nur dann ver-

6 Vgl. das Vorblatt des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zu dem Übereinkommen (BR-Drucksache 224/83) vom 20.05.1983 (= Vorblatt der BT-Drucksache 10/503), in dem erklärt wird, daß die in Art. 1 - 21 des Übereinkommens enthaltenen Vorschriften in das neue IPRG eingestellt werden sollen; gegen eine Übernahme des IPR-VertragsÜ in das deutsche IPRG hat sich demgegenüber v. Hoffmann aus kodifikationstechnischen Gründen ausgesprochen, v.a. mit dem Argument, daß die Integration der Vorschriften des Abkommens in die nationale Systematik, Begrifflichkeit und Stilistik zu Auslegungsschwierigkeiten führen und dem Ausland die Kenntnisnahme der deutschen Gerichtspraxis zu dem Übereinkommen erschweren wird, und daß der deutsche Richter wegen des Gebots der international einheitlichen Auslegung des Übereinkommens (Art. 18 IPR-VertragsÜ bzw. Art. 36 IPRG-Entwurf) letztlich doch den Übereinkommenstext heranziehen muß, vgl. v. Hoffmann, IPRax 1984, S. 10 ff.

wirklicht werden, wenn das Übereinkommen auch einheitlich ausgelegt wird. Um eine einheitliche Auslegung des Übereinkommens zu ermöglichen ist es unerläßlich, die Unterschiede in den nationalen Kollisionsregeln der Mitgliedsstaaten in jedem einzelnen von dem Übereinkommen geregelten Bereich zu kennen und hiervon ausgehend anhand des Übereinkommenstextes und der hierzu bereits veröffentlichten Erläuterungen und Stellungnahmen, insbesondere der Berichte, die einzelnen Regelungen des Übereinkommens daraufhin zu untersuchen, inwieweit sie mit den verschiedenen nationalen Kollisionsregeln übereinstimmen, inwieweit sie abweichen und inwieweit möglicherweise einzelne Fragen offengelassen und damit der Rechtsfortbildung überlassen wurden.

Die vorliegende Arbeit will diese Untersuchung für den Bereich der Forderungsabtretung und der Legalzession (Art. 12 und 13 des Übereinkommens) vornehmen, um aufgrund des Ergebnisses dieser Untersuchung feststellen zu können, ob und gegebenenfalls in welchen Punkten die bisher herrschende Meinung und Gerichtspraxis in der BRD zur Anknüpfung von Forderungsabtretung und Legalzession nach der Ratifikation des Übereinkommens einer Abänderung bedarf, welche Fragen in diesem Zusammenhang durch das Übereinkommen verbindlich geregelt und welche offengelassen werden, und wie eventuelle Lücken des Übereinkommens im Bereich der Anknüpfung von Forderungsabtretung und Legalzession auszufüllen sind.

- 1) Im Mittelpunkt der Untersuchung steht dabei die Frage nach dem auf die Forderungsabtretung und nach dem auf die Legalzession anzuwendenden Recht.

2) Daneben soll aber auch auf einige umstrittene Fragen eingegangen werden, die eng mit der Anknüpfung der Zession zusammenhängen.

- a) Dazu gehört zum Beispiel die Frage, wie die Legalzession zugunsten eines ausländischen Versorgungsträgers zu behandeln ist. Bei der Entschädigung durch einen ausländischen Versorgungsträger stellt sich die Frage, ob und nach welchen Vorschriften der Versorgungsträger vor dem Gericht des inländischen Gerichtsorts geltend machen kann, daß die Schadensersatzansprüche des Geschädigten gegen einen inländischen Schädiger im Wege der Legalzession auf ihn übergegangen sind. Die inländischen öffentlich-rechtlichen Vorschriften (z.B. § 1542 RVO) sind in diesem Fall nicht anwendbar, da sie ausdrücklich nur deutsche, nicht aber ausländische Versorgungsträger betreffen; der Anwendung der ausländischen öffentlichrechtlichen Vorschriften hingegen könnte der Grundsatz der Unanwendbarkeit ausländischen öffentlichen Rechts entgegenstehen⁷.

⁷ Vgl. hierzu Cour d'appel de Besançon, 14.05.1959, Clunet 1960, S. 778 = Revue cr. de dr. int. pr. 1960, S. 67 ff. = Dalloz 1959, S. 515, und andererseits BGE 107 II (1981), S. 489 ff..

- b) Besondere Probleme bieten auch die Fälle, in denen einem Gläubiger mehrere Schuldner gegenüberstehen, deren Verpflichtungen verschiedenen Rechtsordnungen unterliegen, und in denen diese verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlicher Ansicht darüber sind, auf welchem der Schuldner letztlich die Last verbleiben soll. Dieser Fall kann z.B. eintreten, wenn dem Geschädigten ein nach schweizerischem Recht nach den Grundsätzen der Kausalhaftung ohne eigenes Verschulden Verpflichteter und ein deutscher Schadensversicherer als Schuldner gegenüberstehen. Nach § 67 des deutschen VVG würden alle Ansprüche des Geschädigten gleich aus welchem Rechtsgrund gegen einen Dritthaftpflichtigen auf den deutschen Versicherer übergehen, während nach der Regreßordnung des Art. 51 des schweizerischen OR der vertraglich Haftende (die Versicherung) vor dem aufgrund gesetzlicher Vorschrift ohne eigenes Verschulden Haftenden verpflichtet ist⁸.
- c) Ein weiteres Problem, auf das eingegangen werden soll, ist das einer möglichen Kollision der internationalprivatrechtlichen Vorschriften des IPR-Vertrags⁹ zur Forderungsabtretung und zur Legalzession mit den Regelungen des einheitlichen

⁸ Vgl. hierzu BGE 107 II (1981), S. 489 ff..

Gesetzes über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (EKG)⁹. Das EKG enthält einheitliche Regelungen über die Verpflichtungen der Parteien eines Kaufvertrages, die ihre Niederlassung in verschiedenen Vertragsstaaten haben, soweit die Parteien die Geltung des EKG nicht ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen haben¹⁰. Das EKG tritt in diesem Falle an die Stelle der sonst durch die Kollisionsregeln der lex fori zur Entscheidung berufenen nationalen Rechtsordnung. Das EKG enthält keine Vorschriften über die Zession. Nach der herrschenden Meinung sind zur Ausfüllung von Lücken des EKG stets die allgemeinen Grundsätze heranzuziehen, die dem EKG zugrundeliegen¹¹. Es stellt sich deshalb die Frage, ob bei der Abtretung einer nach dem EKG begründeten Forderung auf die Kollisionsnormen der lex fori (und damit u.U. auf das IPR-VertragsÜ) zurückgegriffen werden kann, oder ob die Abtretung einer nach dem EKG begründeten Forderung nach den allgemeinen Grundsätzen, die dem EKG zugrundeliegen, zu beurteilen ist.

9 Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen vom 17.07.1973 im Verhältnis zwischen der BRD, Belgien, Großbritannien, Israel, Italien, den Niederlanden und San Marino, in der BRD in Kraft getreten am 16.04.1974, BGBI 1973 II, S. 856.

10 Art. 1, 3 - 8 EKG.

11 Mertens/Rehbinder, Art. 17, Rdn. 2; Dölle/Wahl, Art. 17, Rdn. 13; Dölle, Festschrift für Ficker, S. 38 ff.; Kropholler, RabelsZ 38 (1974), S. 380.

Drittes Kapitel

Gang der Untersuchung

Die Arbeit wird versuchen, sachgerechte Antworten auf die aufgeworfenen Fragen zu finden.

Da die unterschiedliche geschichtliche Entwicklung die Divergenz der zessionsrechtlichen Sachnormen in den nationalen Privatrechten verständlich macht und diese Divergenz der nationalen Sachnormen wiederum Ursache für das Entstehen kollisionsrechtlicher Probleme ist, sollen in einem ersten Abschnitt die geschichtliche Entwicklung der Zession, die diese im römischen, deutschen, französischen und englischen Recht genommen hat und einige wichtige Unterschiede im geltenden Zessionsrecht verschiedener Länder dargestellt werden.

Im zweiten Abschnitt sollen die verschiedenen Meinungen zur Anknüpfung der Zession, sowie die in der BRD herrschende Meinung dargestellt und eine eigene Stellungnahme hierzu abgegeben werden. Dies erscheint deshalb notwendig, weil zum einen die in den Art. 12 und 13 des IPR-VertragsÜ enthaltenen Regeln über die Anknüpfung der Zession mit der bisher in der BRD herrschenden Meinung verglichen werden sollen und weil zum anderen diese h.M. als Ausgangspunkt für die Lösung der weiteren Probleme der Arbeit dienen soll.

Im dritten Abschnitt schließlich soll versucht werden, die oben¹² genannten offenen Fragen auf der Grundlage der Erkenntnisse der ersten beiden Abschnitte zu beantworten.

12 S. 4 ff.

Erster Abschnitt

Geschichte der Zession

Divergenz der Sachnormen

Die unterschiedliche Entwicklung der Zession in den verschiedenen Rechtsordnungen läßt sich durch die Jahrhunderte verfolgen.

Erstes Kapitel

Rom

Die Vorstellung, daß der Gläubiger oder Schuldner wechselt, das Forderungsrecht aber doch dasselbe bleibt, war dem römischen Rechtsdenken fremd. Das römische Recht sah jedes Recht als an einen Träger gebunden an und hielt einen Übergang auf ein neues Subjekt, mindestens als Einzelnachfolge unter Lebenden, für unmöglich; darin wirkte vermutlich der alte Gedanke der Personalhaftung nach¹.

Die privatrechtliche Personalhaftung war ein Herrschaftsrecht, das dem Berechtigten die Gewalt gab, auf die Person des Haftenden, wo immer er diesen antraf, zuzugreifen². Der Begriff "obligatio" im klassischen römischen Recht war nicht identisch mit unserem Begriff der Schuld. Obligare bedeutete binden; gemeint war damit ursprünglich wohl die körperliche Bindung des Haftenden, an dem der Berechtigte die durch Zahlung einer Geldsumme ablösbare

1 Kaser, S. 212.

2 Kaser, S. 127.

Pfandgewalt erwarb³. Ausgeübt wurde diese Gewalt, indem der Berechtigte dem Haftenden mit ritueller Wortformel die Hand auflegte ("manus iniectio"). Die "manus iniectio", ursprünglich ein außergerichtlicher Akt erlaubter Eigenmacht, war im entwickelten Recht ein gerichtlicher Akt vor dem Prätor (sog. "legis actio") und bedurfte der Bestätigung ("addictio") des Gerichtsherrn⁴.

Mit der "manus iniectio" begann die Zwangsvollstreckung. Der Verfolger durfte den Gegner in sein Haus führen und mit einem Strick oder mit Handfesseln im Höchstgewicht von 15 Pfund binden. Der Häftling konnte nur durch Zahlung der festgesetzten Lösungssumme befreit werden. War diese nach 60 Tagen nicht bezahlt, so konnte der Häftling getötet oder als Sklave ins Ausland verkauft werden. Später bürgerte sich die Übung ein, daß der ungelöste Schuldner beim Verfolger die Haftungssumme als Schuldknecht abarbeitete⁵.

Die Zahlung einer Lösungssumme war also, wie man sieht, zunächst nicht Gegenstand einer Pflicht, sondern bloßes Mittel zur Haftungsabwehr⁶. Der abstrakte Begriff der Schuld existierte zunächst nicht; demgemäß existierte auch nicht der Begriff der Forderungsabtretung.

Die Wirkungen der Zession konnten durch die Institutionen der Novation mit Personenwechsel, des "mandatum in rem suam" und der "actio utilis" nur annähernd erreicht werden.

Bei der Novation mit Personenwechsel erlosch das alte Forderungsrecht und ein neues unter anderen Personen trat

3 Kaser, S. 128.

4 Kaser, S. 129.

5 Kaser, S. 130.

6 Kaser, S. 130.

an seine Stelle. Die Novation setzte die Mitwirkung des Schuldners voraus; mit dem alten Forderungsrecht erloschen auch die Vorrechte und Sicherungen, die für die alte Forderung bestanden⁷.

Beim "mandatum in rem suam" wurde der Prozeßvertreter vom Auftraggeber ermächtigt, das Empfangene für sich zu behalten⁸. Durch eine besondere Gestaltung der Prozeßformel⁹ wurde es ermöglicht, daß der Prozeßvertreter in diesem Fall aus der fremden Forderung auch ein auf seinen Namen lautendes Urteil erhielt¹⁰. Solange es jedoch noch nicht zur "litis contestatio" zwischen Zedent und Zessionar gekommen war, konnte der Zedent seinen Auftrag beliebig widerrufen. Er konnte selbst den Schuldner verklagen und von ihm mit befreiender Wirkung Zahlung

7 Jörs/Kunkel/Wenger, § 126.

8 Jörs/Kunkel/Wenger, § 127, 1.

9 Die sog. Subjektsumstellung. In der "intentio" wurde der Gläubiger genannt als der, dem geschuldet werde, in der "condemnatio" der Prozeßvertreter als der, dem gegenüber zu verurteilen sei, vgl. Jörs/Kunkel/Wenger, § 127, 1, Fußnote 2.

10 Vgl. Girard/Mayr, S. 1120 ff.

entgegennehmen, sich mit ihm vergleichen oder ihm die Schuld erlassen. Starben Zessionar oder Zedent, so erlosch das "mandatum ad agendum" des Zessionars¹¹.

Die "actio utilis" gewährte in bestimmten Fällen dem Zessionar eine Klage im eigenen Namen, die er unabhängig vom Willen des Zedenten geltend machen konnte¹². Neben diesem Recht des Zessionars bestand aber der Anspruch des Zedenten fort. Im Falle der Erfüllung oder der "litis contestatio" gegenüber dem Zedenten entfiel deshalb die "actio" des Zessionars ohne weiteres. Im Falle der Erfüllung oder "litis contestatio" gegenüber dem Zessionar hingegen stand dem Zedenten die Einrede der "exceptio doli" zu¹³.

Im nachklassischen weströmischen Recht wurde die Abtretbarkeit von Forderungen de facto erreicht. Man knüpfte dabei an das "mandatum in rem suam" an, verschaffte dem "dominus et procurator" aber eine unwiderrufliche und vererbliche Stellung. Das Mandat war Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft in einem. Die Mandatserteilung wurde regelmäßig beurkundet¹⁴.

11 Jörs/Kunkel/Wenger, § 127, 2.

12 Windscheid/Kipp, Pandekten II, § 329, Anm. 6.

13 Jörs/Kunkel/Wenger, § 127, 2 c.

14 Kaser, das römische Privatrecht, § 276 I.

Das nachklassische oströmische Recht hielt stärker an der klassischen Tradition fest. Man knüpfte an die "actio utilis" an, die nunmehr für alle Forderungen zugelassen wurde. Das Recht des Zedenten blieb zwar weiterhin neben dem des Zessionars bestehen. Dieser konnte jedoch durch eine Anzeige der geschehenen Abtretung ("denuntiatio") an den Schuldner diesem verwehren mit befreiender Wirkung an den Zedenten zu leisten¹⁵.

Spätestens seit Anastasius wurde die Abtretung von ihrem Kausalverhältnis getrennt. Zum Schutz des Schuldners wurden bestimmte Abtretungsverbote geschaffen¹⁶, sowie das Gesetz des Anastasius, nach dem der Käufer einer Forderung, der einen geringeren Kaufpreis bezahlt hatte als die Forderungssumme betrug, vom Schuldner nur den Betrag dieses Kaufpreises eintreiben durfte¹⁷.

15 Kaser, das römische Privatrecht, § 276 I.

16 Z.B. für rechtshängige Forderungen und für Abtretungen an einen "potentior", sowie für Abtretungen einer gegen den Mündel gerichteten Forderung an den Vormund, vgl. Kaser, das römische Privatrecht, § 276 I, letzter Absatz.

17 Kaser, das römische Privatrecht, § 276 I, letzter Absatz.

Zweites Kapitel

Deutschland

Im deutschen Recht bestand bis zum Ende des 14. Jahrhunderts kaum ein Bedürfnis für die Übertragung von Forderungen. Es wurde vorwiegend Naturalwirtschaft getrieben und der Handel entwickelte sich erst allmählich zu jener hohen Blüte, die den Reichtum der mittelalterlichen Städte geschaffen hat. Die Quellen für die Zession im älteren deutschen Recht fließen äußerst spärlich, sodaß eine sichere Aussage darüber, ob eine Forderungsübertragung zulässig war, nicht möglich ist¹⁸. Die herrschende Meinung leugnet die freie Übertragbarkeit von Forderungen im älteren deutschen Recht¹⁹. Die ersten Quellen, in denen die Zession erwähnt wird, stammen aus der Zeit am Ende des 13., Anfang des 14. Jahrhunderts²⁰. Demnach wurde die Forderungsabtretung zunächst nur mit Zustimmung des Schuldners zugelassen²¹. Die Wirkungen der freien Zession versuchte man zunächst auf dem Umweg über die Prozeßvollmacht zu erreichen²², als diese etwa seit dem 13.

18 Schumann, S. 2, 3.

19 Brunner, S. 602; Brunner/Schwerin, S. 210 f.; Hübner, S. 522; Heusler, S. 212, 215; a.A. v.a. Buch, S. 6 ff.

20 Schumann, S. 12, 13.

21 Schumann, S. 58, 59, der auf S. 57 folgende Stelle aus dem "kleinen Kaiserrecht" zitiert: Wenn jemand einem andern eine Schuld geben will, "daz sy der schuldig dem antheizze werde, dem er sie heizet geben", dann kann er das nur tun mit "des Schuldigen Willen".

22 Schumann, S. 63.

Jahrhundert zulässig geworden war²³, sowie durch Verträge zugunsten Dritter und die Benutzung von Inhaberpapieren²⁴. Durch diese Inhaberpapiere wurde die Forderung quasi verdinglicht und somit durch Übergabe der Urkunde übertragbar. Abstrakte Vorstellungen, wie sie sonst für die Abtretbarkeit nötig gewesen wären, wurden so vermieden²⁵.

Etwa ab der zweiten Hälfte des 14. Jahrhunderts wurde dann die Abtretung ohne irgendeine Beteiligung des Schuldners möglich²⁶. Diese relativ frühe Zulässigkeit der freien Abtretung erklärt sich wohl daraus, daß die Forderungsübertragung nicht im Widerspruch zum deutschen Schuldbegriff stand. Anders als der Begriff der obligatio im römischen Recht war der Schuldbegriff im deutschen Recht nicht streng personengebunden und beinhaltete nicht notwendig die Haftung, sondern wurde definiert als ein Zustand des Sollens auf der Seite des Schuldners, dem ein Bekommensollen auf der Seite des Gläubigers entsprach. Im Gegensatz zur römischen "obligatio", bei der eine Verschmelzung von Schuld und Haftung stattgefunden hatte, fehlte dem deutschen Schuldbegriff die Erzwingbarkeit. Das Bekommensollen des Gläubigers gewährte noch keine Machtbefugnis gegen die Person des Schuldners. Sollte die Erzwingbarkeit erreicht werden, so mußte ein besonderes formelles Haftungsgeschäft

23 Brunner, Das französische Inhaberpapier, S. 8.

24 Schumann, S. 60, 61.

25 Gierke, Deutsches Privatrecht, § 106.

26 Schumann, S. 63.

hinzutreten, dessen Inhalt nicht mit dem Sollen identisch zu sein brauchte. Aus der Tatsache, daß die Haftung nicht im deutschen Schuldbegriff enthalten war, läßt sich schließen, daß der Begriff eines "ligamen" zwischen Gläubiger und Schuldner fremd war, denn erst wenn dem Gläubiger gegenüber eine Haftung besteht kann die Vorstellung einer "Verstrickung" entstehen. Erst die Haftung gewährt dem Gläubiger eine Macht über den Schuldner wie sie Voraussetzung des römischen Obligationsbegriffs ist²⁷. Ist die Haftung aber nicht im Schuldbegriff enthalten, so ist auch eine Bindung an die Person des Gläubigers nicht notwendig. Das Sollen braucht nicht einer bestimmten Person gegenüber zu bestehen. Das Schuldrecht rückt den Leistungsgegenstand in den Vordergrund, kommt zu einer Vergegenständlichung der Schuld und macht sie selbständig gegenüber den beteiligten Personen²⁸.

Etwa ab dem 16. Jahrhundert gewann das klassische römische Recht, dem, wie erwähnt, der Gedanke der Forderungsabtretung fremd geblieben ist, in Deutschland an Einfluß²⁹. Wenn auch das deutsche Recht die freie Forderungsabtretung bereits entwickelt hatte, so fehlte doch eine tiefgehende wissenschaftliche Begründung der angewandten Grundsätze. Deshalb ist

27 Gierke, Schuld und Haftung, S. 11 f.; Buch, S. 66.

28 Gierke, Deutsches Privatrecht, § 175, S. 56, ders., Schuld und Haftung, S. 10; vgl. auch Schumann, S. 15, 16.

29 Schumann, S. 65.

es verständlich, daß das römische Recht mit seiner klaren Systematik auch die deutsche Zessionslehre nicht unbeeinflußt ließ³⁰. Im deutschen Schrifttum wurde deshalb nunmehr z.T. die Auffassung vertreten, daß auch in Deutschland die Zession nur die Übertragung eines Ausübungsrechts hinsichtlich der Forderung sei³¹. Demgegenüber hielten andere Autoren an der alten deutschen Auffassung fest³². In den großen Kodifikationen des 18. Jahrhunderts schließlich setzte sich die deutsche Auffassung durch³³. Damit war die Grundlage für die weitere Ausgestaltung geschaffen, die die Abtretung im BGB erfahren hat.

30 Schumann, S. 67.

31 So laut Buch, S. 133, Carpzow, Berger und Putendorf.

32 So laut Schumann, S. 68, z.B. Kreittmeyer in seinen Anmerkungen zum Codex iuris bavarici von 1755.

33 Schumann, S. 68.

Drittes Kapitel

Frankreich

Für die ältere Zeit bis ins 12. Jahrhundert herrscht ähnlich wie in Deutschland mangels ausreichenden Quellenmaterials Unklarheit über die Zulässigkeit der Zession in Frankreich³⁴. Die herrschende französische Wissenschaft lehnt die Zulässigkeit der Zession in der frühen Zeit ab³⁵. Erstmals taucht die Zession am Ende des 12. Jahrhunderts³⁶ und v.a. in den großen Rechtsbüchern des 13., 14. und 15. Jahrhunderts³⁷ auf. So ist die Zession wahrscheinlich seit dem 13., sicher aber im 14. und 15. Jahrhundert allgemein anerkannt gewesen³⁸. Nur in den Quellen

34 Schumann, S. 26.

35 Schumann, S. 35.

36 Laut Brunner, Das französische Inhaberpapier, S. 18, z.B. in Art. 212 der "Assises de la basse court de Jerusalem" (vor 1187).

37 Laut Brunner, Das französische Inhaberpapier, S. 20 f., z.B. im Conseil von Pierre de Fontaines (1253), in den Contumes von Anjou und Maine, bei Jean Masuer († 1450) und im livre des droits et des commandements (zweite Hälfte des 14. Jahrhunderts).

38 Schumann, S. 30.

der nördlichen Gegenden finden sich, wohl unter dem Einfluß des älteren germanischen (v.a. des holländischen)³⁹ Rechts Ausnahmen. Eine besondere Form war für die Zession im allgemeinen nicht vorgeschrieben⁴⁰, zu Beweis Zwecken wird sie jedoch sehr häufig schriftlich vorgenommen worden sein. Nicht erforderlich war die Mitwirkung des Schuldners, die Quellen erwähnen sie nicht⁴¹. Nach allgemeinen Grundsätzen des französischen Rechts, dem das Abstraktionsprinzip auch damals fremd war, war die Zession kausal gestaltet, d.h. von der Vereinbarung eines wirksamen Rechtsgrundes abhängig⁴².

39 Das holländische Recht kannte zunächst die Zession nicht und ließ erst im 16. Jahrhundert die Stellvertretung zu Zessionszwecken zu, vgl. Buch, S. 76 und 115.

40 Ausnahmen bilden laut Schumann das *livre des droits*, in dem Schriftlichkeit verlangt wird, und die *foires de la Champagne*, nach denen ein Marktsiegel erforderlich ist, vgl. Schumann, S. 32.

41 Schumann, S. 32.

42 Diesen Grundsatz gibt am besten der von Schumann, S. 33, Fußnote 28, zitierte *Grand Coutumier de Normandie* wieder, in dem es heißt: "*Ex promisso autem nemo debitor constituitur, nisi legitima causa promittendi precesserit.*"

Eine wichtige Rolle spielte von Anfang an die Anzeige der Zession an den Schuldner (Signifikation). Zwar war sie zunächst nicht Voraussetzung für den Eintritt der Zession; bis zur Kenntnis von der Abtretung konnte der Schuldner aber noch wirksam an den Gläubiger leisten. Dies konnte der Zessionar durch Anzeige der Zession an den Schuldner verhindern⁴³.

Im 16. Jahrhundert änderte sich dann die Bedeutung der Signifikation. Sie wurde nunmehr als wesentlicher Bestandteil des Zessionsgeschäfts betrachtet⁴⁴.

Diese Neugestaltung ging im wesentlichen auf das Pariser Recht zurück⁴⁵. In Anlehnung an das Sachenrecht sah man die Signifikation als das an, was bei der Veräußerung körperlicher Sachen die Besitzübergabe bedeutet. Bis zur Signifikation verblieb die Forderung beim Zedenten. Ein Gläubiger des Zedenten konnte bis zur Anzeige die Forderung noch pfänden, denn sie gehörte noch zum Vermögen des Zedenten. Ein zweiter Zessionar, der dem Schuldner die Abtretung früher angezeigt hatte, ging dem ersten vor⁴⁶.

Im 17. und 18. Jahrhundert machte sich auch in Frankreich der starke Einfluß des römischen Rechts bemerkbar⁴⁷. Die alte Auffassung, daß der Zessionar das

43 Schumann, S. 33, 34.

44 Schumann, S. 69.

45 Laut Schumann, S. 69, heißt es im Grand Coutumier de Richebourg: "Un simple transport ne saisit point."

46 Schumann, S. 70.

47 Schumann, S. 71.

Gläubigerrecht erwerbe, hat wohl noch bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts vorgeherrscht, wurde dann aber stark durch das römische Recht verdunkelt⁴⁸. Aus dieser Zeit stammt auch die Auseinandersetzung der französischen Wissenschaft mit der *lex Anastasiana*, die vom französischen Recht teilweise übernommen wurde⁴⁹.

Im Code civil hat sich schließlich die alte französische Auffassung, daß der Gläubiger sein Forderungsrecht und nicht nur dessen Ausübung auf einen anderen überträgt, durchgesetzt.

48 Schumann, S. 71.

49 Schumann, S. 80. Zur *lex Anastasiana* vgl. oben, S. 16.

Viertes Kapitel

England

Im englischen Recht galt lange Zeit der Satz: "Chose in action"⁵⁰ is not assignable."⁵¹ Bis zur Judicature Act von 1873 hat das common law an diesem Satz festgehalten⁵², während die Rechtssprechung der Chancery Courts, die nach Billigkeit (equity law) erfolgte, die freie Forderungsabtretung den Forderungen des Wirtschaftslebens folgend bereits im 17. Jahrhundert allgemein anerkannte⁵³. Zum Schutz des Schuldners und um das Quasi-Besitzrecht des Zessionars zu dokumentieren verlangte das equity law eine "notice" von der Abtretung an den Schuldner⁵⁴. Die Forderungsabtretung war entsprechend den Grundsätzen des englischen Rechts kausal gestaltet und von einer "good

50 Dieser Begriff steht im Gegensatz zu dem Begriff "chose in possession"; "choses in action" sind alle Rechtsgüter, die nur mit einer Klage erlangt werden können, wenn sie dem Berechtigten entzogen werden, vgl. Halsbury, "choses in action", Nr. 1.

51 Williams, S. 30.

52 Schumann, S. 35.

53 Schumann, S. 87.

54 Schumann, S. 88.

consideration" abhängig⁵⁵.

Eine Ausnahme von dem Grundsatz der Unübertragbarkeit galt ursprünglich nur für die Forderungen des Königs oder gegen den König⁵⁶. Im Laufe des 17. Jahrhunderts ließ dann das common law v.a. im Handelsrecht und in einzelnen Statuten die Abtretung von "negotiable instruments"⁵⁷ sowie einzelner "choses in action", wie z.B. von Gesellschaftsanteilen, bestimmten Pfandbriefen und Lebensversicherungspolice zu⁵⁸. In all diesen Fällen geschah aber die Übertragung entweder von vornherein nicht gegen den Willen des Schuldners, oder die Forderung war in einer Urkunde verkörpert und somit die Übertragung unter Zuhilfenahme sachenrechtlicher Vorstellungen möglich⁵⁹. In allen übrigen Fällen ließ das common law die Forderungsübertragung nicht zu.

55 Schumann, S. 89.

56 Diese Ausnahme erklärt sich wohl aus der öffentlich-rechtlichen Stellung des Königs, vgl. Schumann, S. 40.

57 Diese fallen unter den Oberbegriff der "choses in action". Es handelt sich dabei um durch Indossament übertragbare Papiere, sowie um Inhaberpapiere.

58 Schumann, S. 81 ff.

59 Schumann, S. 85.

Der Grund für die ursprüngliche Unübertragbarkeit liegt wohl in erster Linie in der scharfen Gegenüberstellung von körperlichen Sachen, an denen Besitz möglich ist, und bloßen Rechten, die nur im Wege der Klage durchgesetzt werden können⁶⁰. Da die Übertragung von körperlichen Sachen stets die Besitzübergabe erfordert, man unkörperliche Dinge aber nicht sehen, nicht berühren und somit auch nicht übergeben kann, wurde die Übertragung unkörperlicher Dinge für unmöglich gehalten⁶¹. Um dennoch einen Gläubigerwechsel zu ermöglichen gab es im englischen Recht verschiedene Möglichkeiten, die jedoch alle dem neuen Gläubiger eine schwächere Position einräumten als die freie Zession.

Ähnlich wie im frühen römischen Recht war die Novation unter Gläubigerwechsel bekannt, die allerdings die Mitwirkung des Schuldners voraussetzte⁶². Eine andere Möglichkeit bestand darin, sich von vornherein die Leistung auch an einen Dritten versprechen zu lassen⁶³. Der Weg, der der freien Zession am nächsten kam, führte über die prozessuale Stellvertretung ("power of attorney")⁶⁴. Der Zessionar konnte hierbei aber die

60 Diese Unterscheidung ist auch heute noch für das englische Rechtssystem maßgebend, vgl. Halsbury, "choses in action", Nr. 1.

61 Schumann, S. 50.

62 Williams, S. 32.

63 Schumann, S. 43.

64 Schumann, S. 44 ff.

Forderung nur im Namen des Zedenten einklagen. Die prozessuale Stellvertretung wurde zunächst nur eingeschränkt zugelassen⁶⁵ und war ursprünglich überhaupt erst wirksam, wenn sie von Zedent und Zessionar in der mündlichen Verhandlung vor Gericht erklärt wurde⁶⁶. Wegen der Gefahr von Mißbräuchen wurde die "power of attorney" im 15. Jahrhundert sogar für "maintenance"⁶⁷ erklärt und als nichtig betrachtet. Erst gegen Ende des 17. Jahrhunderts, als das equity law längst die freie Forderungsabtretung zuließ, hielt das common law die "power of attorney" für ein allgemein zulässiges Mittel, um einem anderen eine Forderung zuzuwenden, wobei aber bis zur Judicature Act von 1873 das common law daran festhielt, daß der Zessionar im Prozeß nur Stellvertreter des Zedenten war⁶⁸.

65 Brunner, Forschungen, S. 430, 1.

66 Schumann, S. 45.

67 Als "maintenance" bezeichnete man das Veranlassen oder Aufrechterhalten von Prozessen, an deren Ausgang man kein eigenes Interesse hatte, vgl. Schumann, S. 46.

68 Schumann, S. 48.

Fünftes Kapitel

Das geltende Zessionsrecht

Die geschichtliche Betrachtung hat gezeigt, wie allmählich die Forderungsabtretung im neueren deutschen, französischen und englischen Recht anerkannt wurde⁶⁹. Sie hat auch gezeigt, wie sich wichtige Unterschiede zwischen diesen Rechtsordnungen in der Ausgestaltung der Zession herausgebildet haben.

Im folgenden sollen nun die wichtigsten Unterschiede, die hinsichtlich der Zession im geltenden Recht verschiedener Länder (v.a. Deutschland, England und Frankreich) bestehen, dargestellt werden.

1) Abstrakte oder kausale Natur der Forderungsabtretung:

- a) Im deutschen (§ 398 BGB) und schweizerischen Recht (Art. 164 OR) wird scharf unterschieden zwischen dem Kausalgeschäft, durch welches sich jemand zur Übertragung einer Forderung obligatorisch verpflichtet, und der Abtretung selbst, durch die die abgetretene Forderung unmittelbar betroffen wird, in der Weise, daß durch diese Verfügung die Forderung aus dem Vermögen des Zedenten ausscheidet und in dasjenige des Zessionars übergeht⁷⁰.

69 Dies gilt auch für alle anderen modernen Kodifikationen, vgl. Schumann, S. 92, Rügsegger, S. 6.

70 Vgl. Palandt/Heinrichs, § 398, Anm. 1 a; Schumann, S. 97; v. Thur/Escher, OR II, S. 330.

Ähnlich wie bei der dinglichen Einigung im Sachenrecht ist die Wirksamkeit dieser Verfügung infolge ihrer abstrakten Natur unabhängig vom Vorhandensein und der Wirksamkeit des Kausalgeschäfts⁷¹. Das Kausalgeschäft bildet den wirtschaftlichen und rechtlichen Grund für die Übertragung; bei seiner Unwirksamkeit fällt die Forderung nicht ipso iure in das Vermögen des Zedenten zurück, sondern es besteht lediglich ein Anspruch des Zedenten gegen den Zessionar auf Rückübertragung der Forderung nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung⁷².

- b) Das englische Recht unterscheidet ebenfalls zwischen Verpflichtungsgeschäft (promise bzw. contract to assign) und Erfüllungsgeschäft (assignment)⁷³.

Allerdings werden diese beiden Rechtsgeschäfte nicht so streng wie im deutschen Recht voneinander getrennt, da dem englischen Recht das

71 Guldener, S. 2; Palandt/Heinrichs, § 398, Anm. 1 a.

72 Guldener, S. 3.

73 Halsbury, "choses in action", Nr. 36.

Abstraktionsprinzip fremd ist⁷⁴.

Infolge des Kausalprinzips ist im englischen Recht der Forderungsübergang von der Gültigkeit des Kausalgeschäfts abhängig. Die Forderung fällt bei Unwirksamkeit des Kausalgeschäfts ipso iure in das Vermögen des Zedenten zurück.

- c) Im Gegensatz dazu unterscheidet das französische Recht bei der Forderungsabtretung (*cession de créance*) nicht zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft, sondern kennt nur ein einheitliches Übertragungsgeschäft. Die Forderung tritt durch den obligatorischen Vertrag (Art. 1583 CCf), verbunden mit der Übergabe des Schuldtitels (Art. 1689 CCf)⁷⁵ in das Vermögen des Zessionars über⁷⁶.

74 Rügsegger, S. 11. Wenn das englische Recht von "assignment of choses in action" spricht, so umfaßt dieser Begriff sowohl die Forderungsabtretung, als auch die Schuldübernahme. Dem Begriff der Forderungsabtretung dürfte am besten der im englischen Text des Art. 12 IPR-VertragÜ verwendete Begriff des "voluntary assignment of a right against another person", oder der von Rabel (Rabel Conflicts III, S. 390) verwendete Begriff des "assignment of a simple debt" entsprechen.

75 Allerdings handelt es sich bei dem Erfordernis der Übergabe des Schuldtitels nicht um ein konstitutives Element der Zession, sondern nur um eine Nebenverpflichtung des Zedenten, vgl. Arndt, S. 70; Ferid, I, Rdn. 2 E 124.

76 Rügsegger, S. 8; Guldener, S. 1; Ferid, I, Rdn. 2 E 123, Rdn. 2 F 70 f.

Demgemäß ist die Gültigkeit des Rechtsübergangs abhängig von der Gültigkeit dieses obligatorischen Vertrags⁷⁷. Bei dessen Unwirksamkeit fällt die Forderung ipso iure⁷⁸ in das Vermögen des Zedenten zurück.

77 Guldener, S. 2 f; Rüeßegger, S. 8, 13; Ferid, I, Rdn. 2 L 41.

78 Guldener (S. 1 ff., 88 ff.; ebenso Laberenz, S. 30 ff.) vertritt die Ansicht, die Zession des französischen Rechts müsse vom Standpunkt der deutschen und schweizerischen Rechtswissenschaften aus als Legalzession betrachtet werden, da der Übergang der Forderung nicht aufgrund des animus cedendi der Parteien stattfinde, sondern als gesetzliche Nebenwirkung bestimmter obligatorischer Verträge eintrete. Dem ist aber mit Rabel (Conflicts III, S. 389, Fußnote 8, ebenso Rüeßegger, S. 24, Fußnote 10) entgegenzuhalten, daß der Forderungsübergang beim Kauf nach dem französischen Recht auf dem vermuteten Willen der Parteien beruht. Der Forderungskauf nach dem französischen Recht beinhaltet die Begründung einer Verpflichtung und zugleich deren Erfüllung. Die Erfüllung tritt aufgrund des vermuteten Willens der Parteien ein. Diese Auslegung wird dadurch gestützt, daß den Parteien vom französischen Recht die Möglichkeit eingeräumt wird, zu vereinbaren, daß durch den Forderungskauf oder die Forderungsschenkung nur obligatorische Beziehungen begründet werden sollen (*pactum reservati domini*, *réserve de propriété*, vgl. Ferid, I, Rdn. 2 F 86 ff., 2 F 394 ff.) und daß die Forderung dem ursprünglichen Gläubiger bis zum Zustandekommen eines Übertragungskonsenses verbleiben solle. Treffen die Parteien keine solche Vereinbarung, so geht das

2) Die Erforderlichkeit einer Benachrichtigung des Schuldners:

- a) Im deutschen und schweizerischen Recht ist eine Benachrichtigung (Denunziation, Signifikation) des Schuldners von der Zession nicht Wirksamkeitsvoraussetzung⁷⁹.

französische Recht davon aus, daß sie zugleich mit der Einigung über den Kauf auch die Eigentumsübertragung an der Forderung bewirken wollen. Aus diesem Grund ist entgegen Guldener davon auszugehen, daß auch bei der Zession des französischen Rechts der Forderungsübergang aufgrund des (vermuteten) animus cedendi der Parteien stattfindet. Die Forderungsabtretung nach französischem Recht ist deshalb nicht als Legalzession anzusehen.

- 79 Nach § 410 BGB ist allerdings nach deutschem Recht der Schuldner berechtigt, dem Zessionar die Leistung solange zu verweigern, bis er ein die Abtretung enthaltendes oder mitteilendes Schriftstück des Zedenten erhält.

Im schweizerischen Recht wird aus Art. 167 OR gefolgert, daß mit einer von Zedent oder Zessionar gemachten Anzeige an den Schuldner für diesen die Möglichkeit erlischt, sich durch Leistung an den Zedenten zu befreien, vgl. Arndt, S. 89.

- b) Im französischen Recht wird die Zession lediglich im Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar bereits mit Abschluß des Kausalvertrags wirksam⁸⁰.

Gegenüber dem Schuldner, den Gläubigern des Zessionars und anderen interessierten Dritten (z.B. Pfandgläubigern, späteren Zessionaren) hingegen wird die Zession erst mit der Benachrichtigung des Schuldners wirksam⁸¹. Diese Benachrichtigung kann durch eine Annahmeerklärung des Schuldners in einer öffentlichen Urkunde ersetzt werden⁸². Die Signifikation muß im

80 Guldener, S. 4; Rügsegger, S. 32; Sonnenberger, S. 50; Ferid, I, Rdn. 2 E 123.

81 Guldener, S. 4; Rügsegger, S. 8, 32; Sonnenberger, S. 50; Ferid, I, Rdn. 2 E 126. Dieses Erfordernis der Signifikation hat dazu geführt, daß im französischen Recht das Institut der Sicherungsabtretung unbekannt ist. Der Vorteil der Sicherungsabtretung liegt u.a. darin, daß der Schuldner hiervon nichts erfahren muß und die Abtretung trotzdem Wirkung gegenüber Dritten hat. Im französischen Recht läßt sich jedoch eine ähnliche Wirkung wie im deutschen Recht mit der Sicherungsabtretung mit Hilfe der sog. Provisionsdoktrin erreichen, nach der die Übertragung eines nicht akzeptierten Wechsels, auch wenn der Bezogene nichts davon erfährt, den Übergang der zugrundeliegenden Forderung auf den Inhaber bewirkt. Vgl. hierzu Arndt, JW (31) 19, S. 1045 ff., Ferid, I, Rdn. 2 E 130.

82 Art. 1690 Abs. 2 CCf, Art. 1264 CCit, Ferid, I, Rdn. 2 E 126, 2 E 128.

französischen Recht durch den Gerichtsvollzieher erfolgen⁸³.

- c) Im englischen Recht ist entsprechend der fundamentalen Trennung zwischen common law und equity law zu unterscheiden zwischen einem legal assignment und einem equitable assignment⁸⁴.

Bei einem legal assignment gemäß sect. 136 Law of Property Act 1925 ist die Benachrichtigung des Schuldners Wirksamkeitsvoraussetzung für die Zession auch im Innenverhältnis zwischen Zedent und Zessionar⁸⁵.

Ein equitable assignment wird im Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar, sowie gegenüber Gläubigern des Zedenten mit Abschluß des Zessionsvertrages wirksam⁸⁶. Gegenüber allen anderen Dritten, sowie gegenüber dem Schuldner wird die Zession erst durch die Benachrichtigung des Schuldners wirksam⁸⁷.

83 Guldener, S. 5; Ferid, I, Rdn. 2 E 127.

84 Guldener, S. 3; Rügsegger, S. 8; Halsbury, "choses in action", Nr. 10.

85 Guldener, S. 4; Rügsegger, S. 32; Halsbury, "choses in action", Nr. 20.

86 Guldener, S. 5; Rügsegger, S. 32; Halsbury, "choses in action", Nr. 41.

87 Guldener, S. 5; Anson, S. 448; Snell, S. 74; Halsbury, "choses in action", Nr. 42.

Im allgemeinen können alle nach dem englischen Recht abtretbaren Forderungen sowohl nach dem equity law, als auch nach dem common law abgetreten werden, sodaß es möglich ist, daß eine als legal assignment unwirksame Abtretung als equitable assignment gültig ist⁸⁸.

3) Die Form des Zessionsvertrags:

- a) Im deutschen und französischen Recht, sowie im englischen Billigkeitsrecht existieren keine Formvorschriften für die Zession⁸⁹.

Wegen des Abstraktionsprinzips⁹⁰ berührt im deutschen Recht auch eine für das Verpflichtungsgeschäft evtl. vorgeschriebene Form nicht die Zession. Im Gegensatz dazu macht im französischen und englischen Recht die Nichteinhaltung einer für das Verpflichtungsgeschäft vorge-

88 Halsbury, "choses in action", Nr. 10, Nr. 37.

Wird dem Zessionar allerdings eine legal chose in action nach den Regeln der equity übertragen, dann muß er im Prozeß gegen den Schuldner den Zedenten als Partei hinzuziehen und kann selbst nur als co-plaintiff oder co-defendant des Zedenten auftreten, vgl. Rügsegger, S. 9, Halsbury, "choses in action", Nr. 69.

89 Guldener, S. 4; Rügsegger, S. 20; Ferid, I, Rdn. 2 E 123; Halsbury, "choses in action", Nr. 30.

90 Vgl. oben, S. 16, 29.

schriebenen Form die Zession ungültig⁹¹. So bedarf beispielsweise die Schenkung einer Forderung im französischen Recht der notariellen Form⁹².

- b) Im schweizerischen Recht⁹³ und im englischen common law⁹⁴ ist schriftliche Form des Abtretungsvertrags vorgeschrieben.

4) Die Abtretbarkeit der Forderung:

Wie der geschichtliche Überblick gezeigt hat, sind Forderungen nach allen modernen Kodifikationen grundsätzlich abtretbar. Alle Kodifikationen kennen jedoch auch Ausnahmen von diesem Grundsatz, die sich im einzelnen z.T. voneinander unterscheiden. Hervorzuheben sind folgende Unterschiede:

91 Vgl. oben, S.22,25,30. Guldener, S. 4, Fußnote 21; Rügsegger, S. 20; Rép. Dalloz, "cession de créance", Nr. 127.

92 Art. 931 CCf; Ferid, I, Rdn. 2 E 123, Fußnote 24.

93 Art. 165 OR.

94 Sect. 136 Law of Property Act 1925; Halsbury, "choses in action", Nr. 19.

a) Gesetzlicher Ausschluß der Abtretbarkeit:

Solche Ausschlußgründe treten in allen Rechtsordnungen auf^{94a}, z.T. auch in Nebengesetzen⁹⁵. Da sie sehr häufig sozialen⁹⁶, wirtschafts- oder staatspolitischen Zielen dienen, treten naturgemäß Divergenzen zwischen den einzelnen Rechtsordnungen auf. Zum Beispiel sind im deutschen und französischen Recht im Gegensatz zum schweizerischen Recht unpfändbare Lohnforderungen auch nicht abtretbar⁹⁷.

94a Vgl. z.B. § 400 BGB, Art. 464 ZGB (Schweiz), Art. 1597 CCf und Art. 1260 ff. CCit, insbesondere Art. 1261 CCit, der mit der Rechtspflege direkt oder indirekt befaßte Personen (z.B. Justizbeamte, Rechtsanwälte etc.) grundsätzlich von der Befugnis ausschließt, Zessionar einer Forderung zu sein, die vor dem Gericht rechtshängig ist, bei dem diese Personen ihre Funktion ausüben; laut Perlingieri dient dieses Abtretungsverbot in erster Linie dazu, das Ansehen und die Unbefangeneheit der mit der Rechtspflege befaßten Personen zu verteidigen, vgl. Perlingieri, S. 83 ff.

95 Z.T. handelt es sich dabei nicht um zivilrechtliche, sondern um öffentlichrechtliche Bestimmungen z.B. des Arbeits- Sozial- oder Devisenrechts.

96 Z.B. die Unabtretbarkeit des unpfändbaren Teils der Lohnforderung nach § 400 BGB.

97 Guldener, S. 32; für das französische Recht: Ferid, I, Rdn. 2 E 122, 2 F 179 ff.

b) Vertraglicher Ausschluß der Abtretbarkeit:

Ein vertragliches Zessionsverbot verstößt nach Ansicht der französischen Rechtslehre grundsätzlich gegen das Prinzip der Vertragsfreiheit⁹⁸.

Die meisten anderen Rechtsordnungen ziehen aus demselben Prinzip der Vertragsfreiheit den umgekehrten Schluß, nämlich daß es dem Gläubiger freisteht, sich in seiner Vertragsfreiheit zu beschränken⁹⁹.

c) Abtretbarkeit bedingter oder befristeter Forderungen:

Vor dem Eintritt der Bedingung oder der Fälligkeit sind bedingte oder befristete Forderungen nach dem englischen common law nicht abtretbar, denn sect. 136 Law of Property Act verlangt ein absolute assignment¹⁰⁰.

98 Arndt, S. 14; Rügsegger, S. 16 f.; Mazeaud, Bd. 1, Nr. 219 ff., Bd. 3, Nr. 771-2. Zulässig ist nur ein zeitlich beschränktes Verbot, wenn ein berechtigtes Interesse dafür vorliegt; diese Grundsätze sind nunmehr im Gesetz Nr. 526 vom 3. Juli 1971 festgeschrieben.

99 § 399 BGB; Art. 164 Abs. 1 OR; § 1392 ABGB; Halsbury, "choses in action", Nr. 89, Rügsegger, S. 16 Fußnote 8 nennt außerdem noch Art. 466 ZGB (Griechenland), Art. 169 OR (Polen), Art. 211 ZGB (Sowjetunion), Art. 2030 CC (Mexiko).

100 Cheshire & Fifoot, S. 467 f.; Halsbury, "choses in action", Nr. 16.

Nach allen anderen maßgeblichen Rechtsordnungen sind bedingte oder befristete Forderungen abtretbar, wobei jedoch im französischen Recht im Gegensatz zum deutschen, schweizerischen und englischen Recht (equity law) der Eintritt einer aufschiebenden Bedingung auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurückwirkt¹⁰¹.

d) Abtretbarkeit künftiger Forderungen:

Im Unterschied zu der bedingten und der befristeten Abtretung ist bei der Abtretung einer künftigen Forderung die Forderung noch gar nicht existent, sondern ihre Entstehung wird nur erwartet.

Die Abtretbarkeit künftiger Forderungen wird von allen maßgeblichen Rechtsordnungen zugelassen¹⁰², jedoch bestehen z.T. unterschiedliche Auffassungen darüber, ob das Rechtsverhältnis oder der Rechtsgrund, aus dem der künftige Anspruch erwachsen soll, zum Zeitpunkt der Abtretung bereits bestehen muß¹⁰³.

101 Rügsegger, S. 17; Art. 1179 CCf.; § 158 BGB; Art. 151 Abs. 2 OR; Cheshire & Fifoot, S. 129.

102 Rügsegger, S. 18 f.; für das französische Recht Ferid, I, Rdn. 2 E 120 f.; für das englische Recht Halsbury, "choses in action", Nr. 16, Nr. 32, Nr. 33, Fußnote 2.

103 In Deutschland z.B. braucht das Rechtsverhältnis noch nicht zu bestehen, Palandt/Heinrichs, § 398, 3 c; BGH, NJW 1965, S. 2197. In Österreich und Frankreich ist diese Frage umstritten, Rügsegger, S. 19, Fußnote 24; von der französischen h.M. wird eine an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit des Entstehens der Forderung verlangt, Ferid, I, Rdn. 2 E 121, Fußnote 21; zum englischen Recht Halsbury, "choses in action", Nr. 32, Nr. 33.

5) Die Wirksamkeit des Grundgeschäfts:

Wie bereits erwähnt, ist nach den romanischen Rechtsordnungen und nach dem englischen Recht die Forderungsabtretung nur wirksam, wenn auch das zwischen Zedent und Zessionar geschlossene Verpflichtungsgeschäft wirksam ist. Dies setzt voraus, daß die geschäftsfähigen Parteien ausdrücklich oder konkludent einen rechtlich einwandfreien, übereinstimmenden Willen geäußert haben. Die zur Beurteilung dieser Fragen maßgeblichen Vorschriften über Zustandekommen und Wirksamkeit von schuldrechtlichen Verträgen divergieren z.T. in den verschiedenen Rechtsordnungen¹⁰⁴.

6) Die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts:

Voraussetzung für den Übergang der Forderung ist der animus cedendi der Parteien, d.h. das Vorliegen einer Willenseinigung über den Forderungsübergang, die ausdrücklich oder stillschweigend erklärt wird¹⁰⁵.

104 Z.B. hinsichtlich der Anfechtbarkeit wegen Willensmängeln, der Geschäftsfähigkeit, der Wirkungen von Angebot und Annahme, der Wirksamkeitshindernisse und Nichtigkeitsgründe, vgl. Guldener, S. 27 f., 42 f., 50 f., Rügsegger, S. 30, Fußnote 6; zum französischen Recht vgl. Ferid, I, 2. Abschnitt (Rdn. 1 E 83 - 300).

105 Im französischen Recht ist diese Willenseinigung bereits in der Einigung über das Verpflichtungsgeschäft enthalten, vgl. oben, S. 31 f.

Das gültige Zustandekommen dieser Willenseinigung ist nach denselben Grundsätzen zu beurteilen, die für Verträge im allgemeinen gelten. Die diesbezüglichen materiellrechtlichen Grundsätze divergieren z.T. in den verschiedenen Rechtsordnungen¹⁰⁶.

7) Verpflichtungen des Zedenten gegenüber dem Zessionar:

Außer der Verpflichtung, dem Zessionar die Forderung zu übertragen, erwachsen dem Zedenten aus dem Abschluß des Verpflichtungsvertrags auch noch bestimmte obligatorische Nebenpflichten, sowie Gewährleistungspflichten gegenüber dem Zessionar.

- a) Die Gewährleistung ist nach fast allen Schuldrechten im wesentlichen gleichlautend so geregelt, daß der Zedent bei entgeltlicher¹⁰⁷ Abtretung mangels anderslautender Abrede nur für die Verität der Forderung (dafür, daß ihm die Forderung gegen den Schuldner zusteht) im Zeitpunkt ihres Übergangs, nicht aber für

106 Z.B. hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit, der Einschränkung der Verfügungsmacht (z.B. durch Konkurs), der Anfechtbarkeit etc., vgl. Rügsegger, S. 29 ff., Guldener, S. 41 ff.

107 Bei unentgeltlicher Abtretung trifft den Zedenten überhaupt keine Gewährleistung, Rügsegger, S. 28; für das französische Recht Ferid, I, Rdn. 2 E 142.

die Bonität der Forderung (d.h. für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners) haftet¹⁰⁸.

- b) Die obligatorischen Nebenpflichten des Zedenten dienen der Verkehrssicherheit und der Legitimation des Zessionars. Nach deutschem Recht (§ 403 BGB) z.B., im Gegensatz zu den meisten anderen Rechtsordnungen, ist der Zedent verpflichtet, dem Zessionar auf Verlangen eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Zession auszustellen¹⁰⁹.

8) Der Schutz des Schuldners:

Zum Schutz des Schuldners sind in allen Rechtsordnungen bestimmte Vorschriften enthalten.

- a) Diesem Zweck dienen u.a. die Einreden des Schuldners. Einigkeit besteht, daß dem Schuldner alle Einreden verbleiben, die sich gegen den Bestand der Forderung richten, sowie diejenigen, die ihm

108 Im österreichischen Recht hingegen haftet der Zedent nach § 1397 ABGB auch für die Einbringlichkeit der Forderung, allerdings nur in Höhe des Betrags, den er vom Erwerber erhalten hat, Rüeegsegger, S. 27 f., Schumann, S. 154 f.; für das französische Recht Ferid, I, Rdn. 2 E 139, 2 E 144.

109 Ebenso nach Art. 457 ZGB (Griechenland), Rüeegsegger, S. 30, Fußnote 11. Im französischen Recht gehört dazu nach Art. 1689 CC die Übergabe des Schuldtitels.

schon gegen den Zedenten zustanden¹¹⁰. Allerdings wird allgemein hiervon eine Ausnahme gemacht: Der Schuldner kann dem Erwerber die Einwendung der Simulation der Forderung bzw. des vertraglichen Ausschlusses der Abtretbarkeit nicht entgegenhalten, wenn dieser die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis des Schuldners erworben hat¹¹¹.

¹¹⁰ Für das französische Recht Ferid, I, Rdn. 2 E 135; Rép. civ., "cession de créance", Nr. 545 ff.; für das englische Recht Halsbury, "choses in action", Nr. 61. Unterschiedliche Auffassungen herrschen allerdings darüber, bis zu welchem Zeitpunkt die Einreden gegen den Zedenten entstanden sein müssen, damit sie auch dem Zessionar entgegengehalten werden können. Im deutschen und schweizerischen Recht wird auf den Zeitpunkt der Kenntniserlangung von der Zession abgestellt, im französischen Recht auf den Zeitpunkt der Signifikation, im englischen Recht auf den Zeitpunkt der notice, Rügsegger, S. 34, Fußnote 5, Halsbury, "choses in action", Nr. 61, Mazeaud, Bd. 2, Nr. 1271.

¹¹¹ Art. 18 Abs. 2, 164 Abs. 2 OR; § 405 BGB; Art. 1321 CCf.; Ferid, I, Rdn. 1 E 197; im englischen Recht führt das Institut des estoppel zur gleichen Lösung, Guldener, S. 76, Fußnote 5, Rügsegger, S. 39, Fußnote 27, Cheshire & Fifoot, S. 84, 273. Nach Art. 35 polnisches OR soll die Simulationseinrede sogar schlechthin ausgeschlossen sein, also auch dann, wenn gar kein schriftliches Schuldbekenntnis des Schuldners vorliegt, Rügsegger, S. 39, Fußnote 27. Dasselbe soll in Bezug auf den vertraglichen Ausschuß der Abtretbarkeit nach Art. 294 Abs. 2 des chinesischen BGB der Fall sein, Arndt, S. 16.

b) In den Zusammenhang mit den Schuldnerschutzvorschriften gehört auch der sogenannte "retrait litigieux". Diese nur dem französischen und dem früheren italienischen Recht¹¹² bekannte, aus der lex Anastasiana¹¹³ entwickelte Einrichtung ermöglicht es dem Schuldner einer vor Gericht streitigen Forderung, sich durch Zahlung des Kaufpreises zuzüglich sämtlicher Nebenkosten an den Zessionar zu befreien. Zweck dieser Vorschrift ist es, unnötige Prozesse zu vermeiden und v.a. den Schuldner vor Prozeßaufkäufern zu schützen.

c) Die Befreiung des Schuldners durch gutgläubige Leistung und Hinterlegung:

aa) Die Leistung an den Zedenten nach erfolgter Abtretung: Betrachtet man die gesetzlichen Vorschriften der einzelnen Länder, so scheinen hier erhebliche Unterschiede zu bestehen. Rechtsprechung und Lehre haben diese Vorschriften in den verschiedenen Ländern jedoch in einer Weise ausgelegt, daß die bestehenden Unterschiede nur noch von geringer Tragweite sind.

112 Art. 1699 CCf., Art. 1539 des früheren CCit von 1865; der Codice civile von 1942 hat den "retrato litigioso" allerdings abgeschafft; zum französischen Recht vgl. Rép. civ., "cession de droits litigieux", Nr. 27 ff.

113 Zur lex Anastasiana vgl. oben. S. 16, 24.

Aus dem Rahmen fällt lediglich das englische statute law. Da danach die Abtretung auch im Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar überhaupt erst durch die schriftliche Anzeige ("notice")¹¹⁴ an den Schuldner zustandekommt¹¹⁵, ist der Schuldner bis zum Zugang dieser Anzeige nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, an den Zedenten zu bezahlen, selbst wenn er positiv weiß, daß zwischen Zedent und Zessionar ein Abtretungsvertrag geschlossen wurde. Ab Zugang der notice hingegen ist der Schuldner verpflichtet, nur noch an den Zessionar zu leisten¹¹⁶.

114 "Notice" kann sowohl Kenntnis, als auch Kundgabe bedeuten. Mit der vom common law verlangten "written notice" ist eindeutig schriftliche Kundgabe gemeint, während mit der im equity law vorausgesetzten "notice" die Kenntnisnahme gemeint ist, vgl. Schumann, S. 160.

115 Sog. Formalprinzip, vgl. oben, S. 35.

116 Schumann, S. 165 f., Halsbury, "choses in action", Nr. 20.

Im deutschen, österreichischen, schweizerischen und auch französischen Recht, sowie im englischen Billigkeitsrecht darf der Schuldner an den Zedenten nur leisten, solange er keine Kenntnis von der Abtretung hat. Woher diese Kenntnis rührt ist gleichgültig¹¹⁷. Unterschiedliche Auffassungen herrschen lediglich über den erforderlichen Grad der Kenntnis. Nach französischem Recht¹¹⁸ ist positive Kenntnis erforderlich, nach schweizerischem Recht und wohl auch nach englischem Billigkeitsrecht genügt fahrlässige

117 § 407 BGB; Art. 167 OR; §§ 1395, 1396 ABGB; für das equity law, Arndt, S. 88 f., Schumann, S. 158 f.

118 Zwar verlangt das französische Recht zur Wirksamkeit der Zession gegenüber dem Schuldner und Dritten die Signifikation, sodaß man glauben könnte, der Schuldner könne bis zur Signifikation befreiend an den Zedenten leisten. Die in Frankreich h.M. vertritt jedoch die Ansicht, daß der Schuldner sich dann nicht auf die fehlende Anzeige berufen darf, wenn er Kenntnis von der Abtretung hat und das Verhalten des Schuldners arglistig wäre (*système de la fraude*), Schumann, S. 162 ff., Arndt, S. 101, Planiol/Ripert, VII, S. 1122, Rügsegger, S. 36; Fußnote 7, Rép. civ., "cession de créance", Nr. 283 ff., Mazeaud, Bd. 2, Nr. 1262.

Unkenntnis¹¹⁹, während das deutsche Recht zwar positive Kenntnis der die Abtretung begründenden Tatsachen fordert, dem Schuldner aber bei Zweifeln u.U. eine Nachforschungspflicht auferlegt¹²⁰.

Nach schweizerischem Recht wird die Kenntnis durch den Zugang einer Abtretungsanzeige ersetzt¹²¹, während nach deutschem Recht der Schuldner von der Anzeige Kenntnis genommen haben muß, was u.U. z.B. bei Abwesenheit z.Z. der Anzeige erst später der Fall ist¹²². Gleichgültig ist, ob der Zedent anzeigt oder der Zessionar.

- bb) Die Leistung an den angeblichen Zessionar:
Nach allen Rechtsordnungen wird der Schuldner bei Leistung an den nichtberechtigten Zessionar dann geschützt, wenn ihm der Zedent die Abtretung angezeigt hat¹²³. Kein Schutz besteht aber im französischen Recht, wenn der Schuldner lediglich

119 Art. 167 OR, Arndt, S. 86 f., 88 f., Rüegegger, S. 37, Fußnote 15.

120 § 407 BGB, Arndt, S. 87, 89.

121 Art. 167 OR; Arndt, S. 89; Rüegegger, S. 37, Fußnote 17.

122 Arndt, S. 89; Rüegegger, S. 37, Fußnote 17; Palandt/Heinrichs, § 407, Anm. 2; im englischen Recht wird dieser Unterschied nicht erörtert, vgl. Arndt, S. 90, was möglicherweise darauf zurückzuführen ist, daß das Wort "notice" sowohl Kundgabe, als auch Kenntnis bedeutet, vgl. oben S. 46, Fußnote 114.

123 Rüegegger, S. 37; Arndt, S. 98.

Kenntnis von der Abtretung hat, da bei mehrfacher Abtretung nicht der Zeitpunkt des Abschlusses des Abtretungsvertrags, sondern der Zeitpunkt der Signifikation darüber entscheidet, welche Abtretung Dritten gegenüber gültig ist¹²⁴. Ebenfalls kein Schutz besteht, wenn statt des Zedenten der Zessionar die Abtretung angezeigt hat, da dies dem Schuldner noch keine Gewißheit verschafft, daß der Zessionar mit dem Zedenten tatsächlich einen wirksamen Abtretungsvertrag geschlossen hat¹²⁵.

cc) Das Hinterlegungsrecht des Schuldners:

Nach dem englischen common law ist bei einem legal assignment der Schuldner bereits dann zur Hinterlegung berechtigt, wenn er Kenntnis von einem Streit über die Forderungszuständigkeit hat. Nach deutschem und schweizerischem Recht hingegen steht dem Schuldner diese Möglichkeit erst offen, wenn er mit verkehrsüblicher Sorgfalt die Frage, wem die Forderung zusteht, nicht entscheiden kann. Das französische Recht kennt die Möglichkeit der Hinterlegung nur im Fall der Annahmeverweigerung des Gläubigers¹²⁶.

124 Mazeaud, Bd. 2, Nr. 1264; Ferid, I, Rdn. 2 E 131; Halsbury, "choses in action", Nr. 21, 44.

125 § 409 BGB; Rügsegger, S. 36 f.; Arndt, S. 98 f.; Rép. civ., "cession de créance", Nr. 181.

126 Arndt, S. 90; § 372, S. 2 BGB; Halsbury, "choses in action", Nr. 24, 25; Art. 1257 ff. CCf. ; Ferid, I, Rdn. 2 C 159, 2 D 16, 74.

9) Unterschiedliche Regelungen bezüglich der Legalzession¹²⁷:

a) Schuldnerschutzvorschriften:

aa) Deutschland:

Im deutschen Recht finden die Regeln über die Forderungsabtretung mit bestimmten Ausnahmen auch auf den gesetzlichen Forderungsübergang entsprechende Anwendung¹²⁸.

Dies hat zur Folge, daß dem Schuldner die gleichen Schuldnerschutzvorschriften (hinsichtlich Abtretbarkeit, Gutglaubensschutz, Einreden) zustehen wie im Fall der Forderungsabtretung.

bb) England und Frankreich:

Im englischen und französischen Recht wird statt des Begriffs des gesetzlichen Forderungsübergangs der Begriff der Subrogation (Surrogation)¹²⁹ verwendet. Der Begriff der

127 Unter Legalzession wird die unmittelbar auf gesetzlicher Anordnung beruhende Einzelnachfolge in Forderungsrechte verstanden, die nicht aufgrund des rechtsgeschäftlichen Willens, sondern aufgrund anderer Tatsachen angeordnet wird.

128 Vgl. § 412 i.V.m. §§ 399 bis 404, 406 bis 410 BGB.

129 Genauer wäre eigentlich der Ausdruck "persönliche gesetzliche Subrogation", im Unterschied zur sachlichen (dinglichen) Subrogation (Substitution eines Vermögensgegenstands) und zu der v.a. den romanischen Rechten bekannten vertraglichen Subrogation (subrogation conventionnelle, z.B. nach Art. 1250 Zi. 1 CCf und Art. 110 Nr. 2 schweizer. OR), die beide nicht als Legalzessionen bezeichnet werden können.

Subrogation ist enger als der des gesetzlichen Forderungsübergangs. Er kennzeichnet die Ersetzung des bisherigen Gläubigers durch jemand anderen, der aufgrund eines bestimmten rechtlichen Interesses erfüllt hat, ohne der Schuldner oder doch der alleinige Schuldner zu sein¹³⁰.

Auf die Subrogation finden die Regeln über die Forderungsabtretung in England und Frankreich keine entsprechende Anwendung¹³¹. Dennoch bestehen auch in diesen Ländern hinsichtlich des Schuldnerschutzes keine wesentlichen Unterschiede zwischen Forderungsabtretung und Subrogation.

(1) Aus dem Begriff der Subrogation selbst ergibt sich, daß - wie bei der Forderungsabtretung - dem Schuldner gegen den Zessionar dieselben Einreden zustehen wie gegen den Zedenten, denn der Zessionar tritt bei der Subrogation nur an die Stelle des Zedenten und kann deshalb nicht mehr Rechte geltend machen als jener. Zum deutschen Recht besteht insoweit also kein Unterschied¹³².

(2) Vor einer Fehlleistung an den falschen Gläubiger wird der Schuldner im französischen Recht durch die Vorschrift des Art. 1240 CC geschützt. Nach Art. 1240 CC wird der Schuldner dann von seiner Verbindlichkeit befreit, wenn er gutgläubig an den nach allgemeiner Ansicht Berechtigten geleistet hat¹³³.

130 Ferid, I, Rdn. 2 E 146.

131 Ferid, I, Rdn. 2 E 119.

132 Vgl. § 412 i.V.m. §§ 404, 406 BGB.

133 Ferid, I, Rdn. 2 D 14.

Im Gegensatz zur Forderungsabtretung ist eine Signifikation zur Herbeiführung der Subrogation im Verhältnis zum Schuldner nicht erforderlich^{134, 135}.

134 Ferid, I. Rdn. 2 E 149.

135 Im griechischen Recht hingegen übernimmt das Erfordernis der Mitteilung an den Schuldner nach Art. 460, 461 ZGB im Fall der Forderungsabtretung die Funktion des Schutzes des gutgläubigen Schuldners, denn dieser wird - wie im französischen Recht nach Art. 1690 CCf -, wenn er vor der Anzeige an den Altgläubiger leistet, grundsätzlich befreit, es sei denn er handelt rechtsmißbräuchlich (Art. 281 ZGB), was bei anderweitiger positiver Kenntnis des Schuldners von der Abtretung i.d.R. der Fall sein dürfte. Diese Vorschriften der Art. 460, 461 ZGB sind aber nach in Griechenland h.M. nicht auf die Legalzession anzuwenden und es fehlt v.a. auch eine dem Art. 1240 CCf entsprechende Vorschrift zum Schutz des gutgläubigen Schuldners im Fall der Legalzession, was zur Folge hat, daß der Schuldner geringeren Schutz genießt, wenn die Forderung durch Legalzession auf einen neuen Gläubiger übergeht, als wenn dies durch Abtretung geschieht. Vgl. zu diesem Problem die Anmerkung von Pouliadis zu einem Urteil des OLG Athen, Pouliadis, IPRax 1983, S. 312 f. Pouliadis will in Abweichung von der in Griechenland h.M. die Vorschrift des Art. 461 ZGB in ihrer Schutzfunktion auch auf die Legalzession anwenden.

- (3) Im englischen Recht stehen Zedent und Zessionar im Fall der Subrogation dem Schuldner als eine Einheit gegenüber¹³⁶. Eine Zahlung des Schuldners an den Zedenten dürfte ihn deshalb nach den englischen Regeln über die Subrogation in jedem Fall befreien. Der Zessionar muß sich dann an den Zedenten halten.

Wenn es hingegen um die Frage geht, ob ein vom Zedenten getätigter Schuldnerlaß oder Vergleich mit dem Schuldner auch im Verhältnis zwischen Schuldner und Zessionar wirksam ist, dann kommt es darauf an, ob der Schuldner von der Subrogation wußte¹³⁷.

b) Der Eintritt der Legalzession:

Es gibt Fälle, in denen einzelne Rechtsordnungen eine Legalzession anordnen, während andere in diesen Fällen keine Legalzession vorsehen, oder dem Dritten stattdessen einen Anspruch auf Abtretung der Forderung oder ein selbständiges Regreßrecht gewähren.

136 MacGillivray & Parkington, Nr. 1888.

137 MacGillivray & Parkington, Nr. 1890.

aa) Z.B. gehen nach Art. 401 OR im schweizerischen Auftragsrecht die Forderungen, die der Auftragnehmer bei Durchführung des Auftrags erwirbt, kraft Legalzession auf den Auftraggeber über. Das deutsche Recht gibt in diesem Fall in § 667 BGB dem Auftraggeber nur einen Anspruch gegen den Auftragnehmer auf Abtretung dieser Ansprüche¹³⁸.

bb) Legalzession zugunsten des Sicherungsgebers, der den Gläubiger befriedigt:

In zahlreichen Fällen ordnet der Gesetzgeber einen Regreß an, wenn ein Dritter an Stelle des Schuldners den Gläubiger befriedigt. Dieser Regreß kann grundsätzlich auf zwei verschiedene Arten stattfinden. Die eine Möglichkeit ist, daß dem zahlenden Dritten ein selbständiges Regreßrecht z.B. aus Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigter Bereicherung usw. zusteht. Sehr häufig wird dem Dritten aber vom Gesetz ein Regreßrecht in der Weise eingeräumt, daß durch die Zahlung des Dritten die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner auf den Dritten übergeht. Dieses abgeleitete Forderungsrecht dient z.T. der Verstärkung¹³⁹ eines dem Dritten daneben zustehenden

138 Ebenso das französische Recht, vgl. Ferid, I, Rdn. 2 H 98, Art. 1993 CCf.

139 Verstärkung deshalb, weil mit der Forderung auch die für sie bestellten Sicherungsrechte übergehen und weil die Subrogation leichter zu beweisen ist als ein selbständiges Regreßrecht.

selbständigen Regreßrechts¹⁴⁰, z.T. ist es aber auch die einzige Regreßmöglichkeit des Dritten¹⁴¹. Im Zusammenhang mit der Legalzession ist für uns nur diese Art des Regresses, die im folgenden als Zessionsregreß oder Subrogation bezeichnet werden soll, von Interesse.

- (1) Im Bürgschaftsrecht findet heute nach allen Rechtsordnungen¹⁴² ein Übergang der Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner auf den Bürgen statt, wenn dieser den Gläubiger befriedigt hat¹⁴³. Japan (§ 462 BGB), Chile (Art. 2375 Cc) und Uruguay (Art. 2134 Cc) versagen jedoch im Gegensatz zu den anderen Ländern dem Bürgen die

140 Vgl. z.B. §§ 426 Abs. 1 und Abs. 2 BGB.

141 Vgl. z.B. § 67 VVG und § 1542 RVO im Versicherungs- und Sozialversicherungsrecht.

142 Ausnahme bildet das baltische Recht, das bei dem beneficium cedendarum actionum stehengeblieben ist (dieses gewährt dem Schuldner lediglich einen Anspruch auf Abtretung), Wengler, Surrogation, S. 488.

143 Vgl. z.B. § 774 Abs. 1 BGB, Art. 505 OR, Art. 1251 Nr. 3, 2029 CCf, § 1358 ABGB, Art. 1949 CCit, Schwarz, S. 612 f., Wengler, Surrogation, S. 487 f., Ferid, I, Rdn. 2 E 158, Halsbury, "equity", Nr. 1438, 1440.

Subrogation, wenn er sich gegen den Willen des Hauptschuldners verbürgt hat¹⁴⁴.

(2) Übereinstimmung herrscht hinsichtlich der Legalzession zugunsten des in Anspruch genommenen Bestellers eines Mobiliar- oder Grundpfandrechts¹⁴⁵.

cc) Legalzession zugunsten des Versicherers, der den geschädigten Versicherungsnehmer entschädigt hat:

Die Frage, ob auf einen Versicherer, der einen geschädigten Versicherungsnehmer entschädigt hat, der Schadensersatzanspruch des Geschädigten gegen den Dritthaftpflichtigen übergeht, wird von den nationalen Rechtsordnungen z.T. unterschiedlich beantwortet. Einigkeit herrscht darüber, daß zwischen der Summen- und der Schadensversicherung zu unterscheiden ist¹⁴⁶. Während bei der Summenversicherung gilt, daß dem Geschädigten die Ansprüche gegen den Versicherer und den Dritthaftpflichtigen kumulativ zustehen¹⁴⁷, beruht die Schadensversicherung auf dem Grundsatz des Be-

144 Wengler, Surrogation, S. 488.

145 Wengler, Surrogation, S. 492; Halsbury, "equity", Nr. 1438, 1440; Art. 1251 Zi. 3 CCf, Mazeaud, Bd. 2, Nr. 855.

146 Karrer, S. 71 f.; MacGillivray & Parkington, Nr. 1866 (England).

147 D.h. der Geschädigte kann beide Forderungen unabhängig und nebeneinander geltend machen.

reicherungsverbots, d.h. auf dem Grundsatz, daß der versicherte Geschädigte nach dem Schadensfall nicht besser dastehen dürfe als vorher.

Dieser Grundsatz des Bereicherungsverbots bei der Schadensversicherung wird dadurch verwirklicht, daß einerseits die Zahlung des Dritthaftpflichtigen für den Versicherer befreiend wirkt, und daß andererseits der Versicherer im Falle seiner Inanspruchnahme durch den versicherten Geschädigten ein Regreßrecht gegen den Dritthaftpflichtigen hat. Bei diesem Regreßrecht handelt es sich nicht um einen selbständigen Anspruch des Versicherers¹⁴⁸, sondern um ein

148 In Deutschland wird ein selbständiger Regreßanspruch des Versicherers gegen den Dritthaftpflichtigen abgelehnt. Abgesehen davon, daß die Vorschriften der §§ 823, 426 Abs. 1 oder 677 ff. BGB, aus denen sich ein solcher Anspruch allenfalls konstruieren ließe, nicht passen dürften, wird die Vorschrift des § 67 VVG als abschließend und nicht ergänzungsfähig angesehen, vgl. Karrer, S. 61. Im Gegensatz dazu gewährt Art. 51 OR (Schweiz) dem Versicherer u.U. ein direktes Forderungsrecht gegen den Dritthaftpflichtigen. Art. 51 OR ist subsidiär dann anwendbar, wenn Art. 72 VVG, der die Subrogation des Versicherers regelt, keinen Zessionsregreß vorsieht, d.h. bei Kausalhaftung ohne Verschulden und bei vertraglicher Haftung des Dritthaftpflichtigen, vgl. Karrer, S. 22, 26 ff., 73. Für unsere Arbeit ist allerdings in erster Linie der Zessionsregreß von Interesse.

abgeleitetes Forderungsrecht, indem nämlich die Forderung des Versicherungsnehmers gegen den Dritthaftpflichtigen auf den Versicherer kraft Gesetzes übergeht¹⁴⁹.

(1) Kleine Unterschiede bestehen in den nationalen Rechtsordnungen in der Aufteilung der Versicherungszweige auf die Versicherungssysteme. Im allgemeinen gilt, daß die Sach- und Vermögensversicherung stets als Schadensversicherung (mit Zessionsregreß) ausgestaltet ist, während die Personenversicherung (Lebens-, Unfall- und Krankenversicherung) i.d.R. als Summenversicherung (ohne Zessionsregreß) ausgestaltet ist¹⁵⁰.

149 Vgl. z.B. § 67 VVG (BRD); Art. 72 VVG (Schweiz); Art. L 121 - 12 Code des assurances, abgedruckt bei Petit Code civil, Dalloz, nach Art. 1983 (Frankreich); Mac Gillivray & Parkington, Nr. 1861 ff. (England).

150 Bei der Summenversicherung bestehen allerdings unterschiedliche Auffassungen darüber, ob der Versicherungsnehmer sich im Versicherungsvertrag verpflichten kann, seine Forderungen gegen den Dritthaftpflichtigen an den Versicherer abzutreten (mit der Folge eines sogenannten uneigentlichen Regresses des Versicherers), vgl. Karrer, S. 14, 72. Dieses Problem interessiert uns jedoch im Zusammenhang mit der Legalzession nur am Rande, da es sich in einem solchen Fall nicht um eine Legalzession, sondern um eine rechtsgeschäftliche Abtretung handelt. Es soll lediglich darauf hingewiesen werden, daß der Ausschluß des uneigentlichen Regresses nie im Interesse des Schuldners erfolgt, der bei der Summenversicherung in jedem Fall seine Schuld erfüllen muß, sondern ausschließlich im Interesse des

Abweichungen bestehen in folgenden Bereichen:

Die Heilkostenversicherung wird allgemein als Schadensversicherung (mit Zessionsregreß) behandelt, während die schweizerische Praxis diese als Summenversicherung (ohne Zessionsregreß) behandelt¹⁵¹.

Die Unfallversicherung wird allgemein als Personen- und somit Summenversicherung (ohne Zessionsregreß) behandelt, während sie im italienischen Recht von Gesetzes wegen als Schadensversicherung (mit Zessionsregreß) gestaltet ist¹⁵².

Versicherungsnehmers. Wenn der Versicherungsnehmer seinen Anspruch an den Versicherer abtritt, so verschafft er auf seine Kosten dem Versicherer einen Vermögensvorteil, von dem der Dritthaftpflichtige nicht speziell berührt wird. Der uneigentliche Regreß bzw. dessen Ausschluß dient in diesem Fall ausschließlich dem Ausgleich der Interessen zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer.

151 Karrer, S. 25, 72.

152 Karrer, S. 65 f., 72.

- (2) Unterschiedliche Auffassungen bestehen auch hinsichtlich der Frage, in welchen Fällen bei der Schadensversicherung ausnahmsweise keine Subrogation zugunsten des Versicherers stattfindet, sondern der Dritthaftpflichtige durch die Leistung des Versicherers befreit wird.

Nach den meisten Rechtsordnungen ist die Subrogation des Versicherers unabhängig davon, aus welchem Haftungsgrund der Dritthaftpflichtige haftet (vertragliche Haftung oder Haftung aus unerlaubter Handlung, Verschuldens- oder Gefährdungshaftung)¹⁵³.

Im schweizerischen Recht gehen die Ansprüche gegen den Dritthaftpflichtigen hingegen nur dann auf den Versicherer über, wenn der Dritthaftpflichtige aus unerlaubter Handlung haftet und ihn ein persönliches Verschulden trifft¹⁵⁴. Keine Subrogation findet statt im Falle der vertraglichen Haftung¹⁵⁵ und im Falle der Gefährdungshaftung des Dritthaftpflichtigen.

153 Karrer, S. 73, 46 f. (Frankreich), 53 (Belgien), 59 f. (BRD), 65 f. (Österreich, Italien); MacGillivray & Parkington, Nr. 1861, 1902 (England).

154 Karrer, S. 25 ff., 73.

155 Bei vertraglicher Haftung mit persönlichem Verschulden hat der Versicherer allerdings einen direkten Regreßanspruch gegen den Dritthaftpflichtigen aus Art. 51 OR. Keine Regreßmöglichkeit für den Versicherer besteht jedoch nach schweizerischem Recht bei Gefährdungshaftung des Dritthaftpflichtigen.

Im schwedischen Recht gehen Ansprüche aus Verschuldenshaftung dann nicht auf den Versicherer über, wenn den Dritthaftpflichtigen nur leichte Fahrlässigkeit trifft. Alle anderen Ansprüche einschließlich derjenigen aus Gefährdungshaftung gehen auf den Versicherer über¹⁵⁶.

Den meisten Rechtsordnungen ist gemeinsam, daß keine Subrogation stattfindet, wenn der Dritthaftpflichtige zum Geschädigten in einer nahen Beziehung steht¹⁵⁷. Unterschiedliche Auffassungen herrschen jedoch darüber, wann dies der Fall ist¹⁵⁸ und darüber, ob die Subrogation nur bei leicht fahrlässigem Verhalten dieser Personen

156 Karrer, S. 73.

157 Eine Ausnahme bildet das belgische Recht, vgl. Karrer, S. 53, 73.

158 Nach schweizerischem Recht genügt dafür häusliche Gemeinschaft, nach deutschem Recht muß es sich zusätzlich um Familienangehörige handeln, nach französischem und italienischem Recht genügen sogar Hausangestellte, Karrer, S. 32, 47, 60, Laberenz, S. 39, Art. 121 - 12 Abs. 3 Code des assurances; im englischen Recht findet die Subrogation nicht gegenüber Angestellten des Versicherungsnehmers statt, vgl. MacGillivray & Parkington, Nr. 1899 ff.

ausgeschlossen ist¹⁵⁹, oder auch bei grob fahrlässigem Verhalten¹⁶⁰.

- (3) Unterschiede bestehen schließlich hinsichtlich der Anwendung des Grundsatzes "nemo subrogat contra se".

Als Gegenstück zu dem Grundsatz des Bereicherungsverbots besagt dieser Grundsatz, daß der Gläubiger durch die Subrogation keinen Nachteil erleiden darf¹⁶¹.

In den meisten Rechten wird hieraus gefolgert, daß der Geschädigte (Gläubiger) gegenüber dem Versicherer ein Privileg hat, sowohl bei Zahlungsunfähigkeit, als auch bei bloß teilweiser Haftung des Dritthaftpflichtigen¹⁶². Das bedeutet beispielsweise in einem Fall, in dem der Schaden DM 10.000,-- beträgt, die Versicherungssumme DM 5.000,-- und die Forderung gegen den Dritthaftpflichtigen DM 8.000,--, daß der Geschädigte DM 5.000,-- von dem Versicherer erhält und daneben seine

159 So Art. 72 VVG (Schweiz).

160 So § 67 VVG (BRD), Art. 121 - 12 Abs. 3 Code des assurances (Frankreich) und das englische Versicherungsrecht, vgl. MacGillivray & Parkington, Nr. 1900.

161 Vgl. z.B. § 774 Abs. 1, S. 2, § 1143 Abs. 1, S. 2 BGB, Art. 1252 CCf.; für das englische Versicherungsrecht MacGillivray & Parkington, Nr. 1876.

162 Karrer, S. 74, sogenannte Differenztheorie.

Forderung gegen den Dritthaftpflichtigen in Höhe von DM 5.000,-- (d.h. bis zur Höhe des ganzen Schadens) behält, während die Subrogation des Versicherers sich dann nur auf DM 3.000,-- erstreckt¹⁶³. Im italienischen Recht und bei der Transportversicherung im deutschen Recht stehen Versicherer und Geschädigter jedoch nebeneinander und werden pro rata ihrer Ansprüche befriedigt¹⁶⁴.

- dd) Auch der ablösungsberechtigte Dritte, der den Gläubiger befriedigt hat, wird von allen Rechtsordnungen in die Stellung des Gläubigers subrogiert¹⁶⁵.

Unterschiedliche Auffassungen herrschen jedoch darüber, welchen Personen ein solches Ablösungsrecht zusteht. In Deutschland z.B. sind nach § 268 Abs. 1 BGB der Besitzer einer Sache, sowie derjenige, dem ein dingliches Recht an der Sache zusteht, zur Ablösung berechtigt, wenn der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in die Sache betreibt und die Gefahr besteht, daß dadurch der

163 Karrer, S. 38; MacGillivray & Parkington, Nr. 1876.

164 Sogenannte relative Theorie. Diese gilt auch im schweizerischen Recht im Falle der nur teilweisen Haftung des Dritthaftpflichtigen, nicht aber im Falle seiner Zahlungsunfähigkeit, Karrer, S. 74.

165 Wengler, Surrogation, S. 493.

Besitz oder das dingliche Recht verloren-
geht¹⁶⁶.

Wesentlich weiter gehen v.a. das amerikani-
sche Recht und die nordischen Rechte. Diese
gewähren jedem, der zum Schutz seiner Inter-
essen und ohne die Absicht, die Schuld end-
gültig zum Erlöschen zu bringen, den Gläu-
biger befriedigt, Ablösungsrecht und Sub-
rogation. Lösungsberechtigt sind daher bei
Gefährdung ihrer Interessen außer dem im
Range nachstehenden Hypothekengläubiger der
Mieter, der Verkäufer, der den Preis noch
nicht erhalten hat, sowie alle diejenigen,
die kraft Erbrecht ein gegenwärtiges oder
zukünftiges oder gar nur bedingtes Recht
an der Sache haben¹⁶⁷.

ee) Legalzession zugunsten eines Gesamtschuld-
ners, der den Gläubiger befriedigt hat:

Bei der Gesamtschuld stehen dem Gläubiger
mehrere Schuldner gegenüber, die eine Leistung
schulden, nicht im Sinne der Identität des
Leistungsgegenstands, sondern nur in dem
Sinn, daß sich der Gläubiger mit der Leistung
eines der Schuldner zufriedengeben muß. Der
Gläubiger kann wählen, welchen oder welche
Schuldner er in Anspruch nehmen will, die
Leistung jedes Schuldners entfaltet aber

166 Diese Gefahr besteht nur bei den dem Gläubigerrecht
im Range nachstehenden dinglichen Rechten. Für das
französische und italienische Recht folgen diese Ab-
lösungsrechte aus Art. 1251 Zi. 1 CCf bzw. Art. 1203 Zi.
1 CCit und Art. 1251 Zi. 3 CCf bzw. Art. 1203 Zi. 3 CCit,
vgl. Wengler, Surrogation, S. 493.

167 Wengler, Surrogation, S. 494.

Tilgungswirkung auch hinsichtlich der Schuld der anderen Gesamtschuldner¹⁶⁸.

Intern ist die Haftung mehrerer Gesamtschuldner so verteilt, daß diese im Endergebnis grundsätzlich zu gleichen Teilen in Anspruch genommen werden¹⁶⁹.

Um dies zu gewährleisten wird von allen Rechtsordnungen dem Gesamtschuldner, der vom Gläubiger über seinen internen Haftungsteil hinaus in

168 Darin unterscheidet sich die echte Gesamtschuld von der "unechten" oder "scheinbaren" Gesamtschuld. Diese geht vom Grundsatz verschiedenstufiger Haftung der Schuldner aus. Dementsprechend tilgt zwar die Leistung des endgültig Verpflichteten auch die Schuld des vorläufig Verpflichteten, nicht jedoch umgekehrt. Unechte Gesamtschuld liegt im deutschen Recht vor, wenn wegen eines Schadens neben dem Anspruch gegen den Schädiger ein nicht auf schadensersatzrechtlichen Grundsätzen beruhender Anspruch gegen einen Versicherer, Sozialversicherungsträger, Arbeitgeber, Dienstherrn, Sozialhilfeträger, Unterhaltspflichtigen, Mieter etc. besteht, Palandt/Heinrichs, § 421, Anm. 2.

169 Eine andere interne Haftungsverteilung kann sich aber aus den Umständen ergeben.

Anspruch genommen worden ist, in dieser Höhe ein anteiliger Regreßanspruch gegen die anderen Gesamtschuldner eingeräumt.

(1) Unterschiede bestehen allerdings insofern, als in manchen Rechtsordnungen dem zahlenden Gesamtschuldner ein selbständiger Regreßanspruch eingeräumt wird, während in anderen Rechtsordnungen der Rückgriff des zahlenden Gesamtschuldners im Wege des Zessionsregresses erfolgt¹⁷⁰.

(2) Unterschiede bestehen auch insofern, als sich in bestimmten Fällen die Rechtsordnungen nicht einig sind, ob echte Gesamtschuld, unechte Gesamtschuld, oder Teilschuld gegeben ist.

(a) Dies kann z.B. der Fall sein bei einem Zusammentreffen mehrerer Sicherheiten.

Alle Rechtsordnungen ordnen sowohl im Falle der Forderungsabtretung, als auch im Falle der Legalzession der

170 Das österreichische, baltische und das schwedisch-finnische Recht gewähren bzw. gewährten zwar ein selbständiges Regreßrecht, daneben aber keinen Zessionsregreß. Im deutschen (§ 426 Abs. 2 BGB), französischen (Art. 1251 Zi. 3 CC), englischen (Halsbury, "equity", Nr. 1438) Recht und den meisten anderen Rechten hingegen findet ein Zessionsregreß statt, der teilweise (z.B. im deutschen Recht) der Verstärkung eines selbständigen Regreßanspruchs dient. Nachweise bei Wengler, Surrogation, S. 491.

Hauptforderung den Übergang der akzessorischen Nebenrecht an¹⁷¹.

Schwierigkeiten treten aber dann auf, wenn mehrere Sicherungsgeber vorhanden sind und einer von ihnen den Gläubiger befriedigt. Grundsätzlich gehen dann zusammen mit der Hauptforderung auch die für diese bestellten akzessorischen Sicherheiten auf den zahlenden Sicherungsgeber über.

Da jedoch auch die anderen Sicherungsgeber im Falle ihrer Inanspruchnahme ihrerseits die Hauptforderung einschließlich der für sie bestellten Sicherheiten erwerben würden, kann es vernünftigerweise nicht so sein, daß derjenige, der zufällig als erster den Gläubiger befriedigt, in voller Höhe bei den übrigen Sicherungsgebern Regreß nehmen und sie mit der Schuld belasten kann.

Die Lösung dieser Problematik ist in fast allen Rechtsordnungen umstritten¹⁷².

171 Z.B. § 401 (412) BGB, Art. 170 OR, Art. 1692 CCf., Halsbury, "choses in action", Nr. 40, "equity", Nr. 1438, 1440. Die hierbei auftretenden Unterschiede dürften allenfalls geringfügiger Art. sein, vgl. Wengler, Surrogation, S. 486, Schumann, S. 139 f.

172 Wengler, Surrogation, S. 489.

Die überwiegende Meinung geht in den meisten Ländern anscheinend dahin, daß mehrere gleichartige Sicherungsgeber untereinander zu gleichen Teilen verpflichtet sind und in dieser Höhe bei Inanspruchnahme eines Sicherungsgebers die übrigen gleichartigen Sicherheiten zusammen mit der Hauptforderung auf ihn übergehen¹⁷³.

Bei Zusammentreffen ungleichartiger Sicherheiten (z.B. Bürgschaft und Mobiliar- bzw. Immobiliarpfandrecht) wird von den meisten Ländern der Bürge bevorzugt¹⁷⁴. Dieser soll im Falle seiner

173 Wengler, Surrogation, S. 489, 492 f., Schwarz, S. 617. Vgl. für das deutsche Recht §§ 769, 774 Abs. 2, 426 Abs. 1, 2 BGB; dasselbe gilt nach in Deutschland h.M. für mehrere Mobiliarverpfänder, hypothekarisch Haftende und treuhänderische Sicherungsgeber, sodaß zwischen diesen ein durch Pfandrecht gesicherter Ausgleich nach Kopfteilen stattfindet, vgl. Erman-Westermann/Ronke, § 1225, Anm. 4, 5, Wolff/Raiser, § 160 III, Westermann, § 129 III, 2, Palandt/Bassenge, § 1225, Anm. 2 b, aa, bb, § 501 japanisches BGB, vgl. Wengler, Surrogation, S. 493.

174 Wengler, Surrogation, S. 489.

Inanspruchnahme die Forderung nebst Pfand erwerben, während umgekehrt, wenn der Verpfänder in Anspruch genommen wird, die Forderung gegen den Bürgen erlischt¹⁷⁵.

Eine andere Lösung bevorzugt aber § 501 Nr. 5 des japanischen BGB. Danach treten Bürge und Pfandeigentümer im Verhältnis untereinander mit einem ihrer Kopfbzahl entsprechenden Teil an die Stelle des Gläubigers¹⁷⁶.

175 Als Argument dafür wird in Deutschland § 776 BGB herangezogen, nach dem der Bürge frei wird, wenn der Gläubiger eine für die Forderung bestellte Sicherheit aufgibt, soweit der Bürge aus dem aufgegebenen Recht nach § 774 BGB hätte Ersatz verlangen können. Eine solche Regelung existiert nur zugunsten des Bürgen, nicht aber zugunsten anderer Sicherungsgeber. Das Verhältnis zwischen Bürge und Verpfänder soll auch deshalb kein Gesamtschuldverhältnis sein, weil der Verpfänder einen Vermögensgegenstand mit dinglicher Wirkung aus der Hand gibt, während der Bürge persönlich haftet. Vgl. Erman -Westermann/Ronke, § 1225, Rdn. 6, Palandt/Bassenge, § 1225, Anm. 2 b, cc, BGB-RGRK/Kregel, § 1225, Anm. 6; a.A.: Wolff/Raiser, § 140, V, 1, Fußnote 19, Westermann, § 103, III, 5 und § 129, IV, 2: Ausgleich nach Kopf teilen.

176 Wengler, S. 489.

- (b) Dieselbe Problematik kann im Versicherungsrecht auftreten bei einer Überversicherung durch Mehrfachversicherung desselben Risikos.

Einigkeit besteht, daß im Bereich der Schadensversicherung eine Mehrfachversicherung nicht dazu führen darf¹⁷⁷, daß der Versicherungsnehmer mehr erhält als ihm an Schaden entstanden ist¹⁷⁸.

Um dies in einem Fall der Überversicherung durch Mehrfachversicherung zu verhindern bieten sich mehrere Möglichkeiten an. Z.B. ist es möglich, den Versicherer aus dem älteren Versicherungsvertrag alleine haften zu lassen, oder denjenigen Versicherer, an den sich der Versicherungsnehmer hält, oder man kann anteilige Haftung der Versicherer vorschreiben, oder gesamtschuldnerische Haftung mit internem Ausgleich proportional der jeweiligen vertragsmäßigen Entschädigung.

Während im französischen Recht früher nach Art. L 121 - 4 Abs. 3 Code des assurances (und zuvor nach Art. 30 des Gesetzes vom 13. Juli 1930) der Versicherungsnehmer gegen die verschiedenen Versicherer als Teilschuldner nur einen Anspruch pro rata der jeweiligen ver-

177 Anders evtl. bei der Summenversicherung, vgl. dazu oben, S. 56.

178 Bereicherungsverbot, vgl. § 55 VVG (zwingend), Art. L 121 - 1 Code des assurances und MacGillivray & Parkington, Nr. 1971.

tragsmäßigen Entschädigung hatte¹⁷⁹, sehen der Art. L 121 - 4, Abs. 4 Code des assurances seit der Gesetzesänderung vom 13. Juli 1982¹⁸⁰ und ebenso die meisten anderen Versicherungsvertragsgesetze eine gesamtschuldnerische Haftung aller Versicherer in Höhe des Betrags vor, der den Versicherungswert übersteigt (insoweit wirkt die Zahlung des einen Versicherers befreiend für den anderen; dadurch wird erreicht, daß der Versicherungsnehmer nicht mehr erhält als den Gesamtbetrag des Schadens). Darüberhinaus haften die Versicherer als Teilschuldner bis zur Höhe der jeweiligen vertragsmäßig geschuldeten Entschädigungssumme. Der interne Ausgleich zwischen den Versicherern wird dann pro rata der je-

179 Bei einem Schaden von DM 9.000,-- und vertragsmäßigen Entschädigungssummen gegen zwei verschiedene Versicherer von DM 8.000,-- und DM 4.000,-- hatten sich diese Entschädigungsansprüche des Versicherungsnehmers demnach auf DM 6.000,-- und DM 3.000,-- reduziert.

180 Gesetz Nr. 82 - 600 vom 13. Juli 1982.

weiligen vertragsmäßigen Entschädigungssummen vorgenommen^{181, 182}. Diese Regelungen sind allerdings nicht zwingend und können durch anderslautende Vertragsklauseln ersetzt werden¹⁸³.

181 Vgl. § 59 Abs. 1, Abs. 2, S. 1 VVG (Deutschland), § 54 Abs. 2 VVG (Tschechoslowakei), Art. 71 VVG (Schweiz). Art. 121 - 4, Abs. 4 Code des assurances (Frankreich), ebenso grds. im englischen Versicherungsrecht, vgl. MacGillivray & Parkington, Nr. 1971.

182 Vgl. Prölss/Martin, § 59, Anm. 1, 2 VVG. Bei einem Schaden von DM 9.000,-- vertragsmäßigen Entschädigungssummen von DM 8.000,-- und DM 4.000,-- gegen zwei verschiedene Versicherer haften die Versicherer also als Gesamtschuldner in Höhe von DM 3.000,-- (8.000,-- + 4.000,-- = 9.000,--) und darüberhinaus haftet der eine Versicherer in Höhe von weiteren DM 5.000,--, der andere in Höhe von weiteren DM 1.000,-- als Teilschuldner. Wird nun der eine Versicherer in Höhe von DM 8.000,-- in Anspruch genommen und der andere Versicherer nur in Höhe von DM 1.000,--, so geht auf ersteren die Forderung des Gläubigers gegen den anderen Versicherer in Höhe von DM 2.000,-- über. Zusätzliche Komplikationen können auftreten bei Zusammentreffen von mehreren Unterversicherungen (§ 56 VVG), von Eigen- und Fremdversicherung, von Zeitwert- und Neuwertversicherung etc.; vgl. dazu Prölss/Martin, § 59 VVG.

183 Vgl. Prölss/Martin, § 59, Anm 1 VVG; MacGillivray & Parkington, Nr. 1971.

Zweiter Abschnitt

Darstellung der verschiedenen Meinungen zur Anknüpfung der Zession

Die materiellen Vorschriften einer jeden Rechtsordnung dienen dem Ziel der Gerechtigkeit. Zur Erreichung dieses Ziels haben die verschiedenen Rechtsordnungen z.T. unterschiedliche Vorschriften aufgestellt. Diese Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsordnungen sind solange ohne Belang, als der zu beurteilende Sachverhalt eindeutig nur Bezug zu einer dieser Rechtsordnungen hat. Weist ein Sachverhalt hingegen Bezug zu verschiedenen Rechtsordnungen auf, so stellt sich automatisch die Frage nach der auf diesen Sachverhalt anzuwendenden Rechtsordnung, die erst dann überflüssig wird, wenn die materiellen Vorschriften der beteiligten Rechtsordnungen vereinheitlicht worden sind. Daß von einer Vereinheitlichung der materiellrechtlichen Vorschriften zur Forderungsabtretung und zur Legalzession keine Rede sein kann, wurde im vorigen Abschnitt gezeigt. Aus diesem Grund war die Zession wiederholt Gegenstand wissenschaftlicher Arbeiten, die sich mit der Frage nach der auf die Zession anzuwendenden Rechtsordnung, dem sog. Zessionsstatut befaßten.

Bei der Bestimmung des Zessionsstatuts trennen Literatur und Rechtsprechung zwischen der Anknüpfung der Forderungsabtretung und der Anknüpfung der Legalzession¹. Die Legalzession ist eine Einzelnachfolge in Forderungsrechte, die im Gegensatz zur Abtretung nicht aufgrund des Parteiwillens (animus cedendi), sondern aufgrund bestimmter anderer Umstände vom Gesetz angeordnet wird. Nach Ansicht der meisten Autoren hat diese unterschiedliche materielle Ausgestaltung von Abtretung und Legalzession auch zur Folge, daß bei der Anknüpfung von Abtretung und Legalzession die Interessen von Schuldner, Zedent, Zessionar und Dritten auf unterschiedliche Art betroffen werden².

Wenn auch einzelne Autoren im Ergebnis die Abtretung und die Legalzession nach den gleichen Regeln anknüpfen, ist es wegen der unterschiedlichen Ausgestaltung der beiden Institute im materiellen Recht jedenfalls gerechtfertigt, deren Anknüpfung gesondert voneinander darzustellen.

1 Im Ergebnis knüpfen fast alle Autoren und die deutsche Rechtsprechung die Forderungsabtretung und die Legalzession nach unterschiedlichen Regeln an, vgl. z.B. Wengler, § 26 a (Abtretung) und § 26 d (Legalzession), Lewald, Anm. 328 ff. (Abtretung) und Anm. 335 f. (Legalzession), Raape, S. 506 ff., Reithmann, Rdn. 167 ff., Palandt/Heldrich, Anm. 5 c. vor Art. 12 EGBGB, Erman-Westermann/Arndt, Rdn. 13 vor Art. 12 EGBGB, Soergel-Kegel/Kegel, Vorbem. 444 ff. vor Art. 7 EGBGB, a.A. Wussow, NJW 1964, S. 2325 ff., Gitter, NJW 1965, S. 1108 ff.

2 Vgl. statt aller Beemelmannis, RabelsZ 29 (1965), S. 511 ff.

Erstes Kapitel

Stand der Meinungen zur kollisionsrechtlichen Behandlung der Forde- rungsabtretung

I) BRD:

1) Die herrschende Meinung in der BRD:

Wenn im deutschen oder schweizerischen Recht von der Abtretung die Rede ist, so ist damit entsprechend dem Abstraktionsprinzip³ das Verfügungsgeschäft gemeint, nicht jedoch das diesem zugrundeliegende Kausalgeschäft zwischen Zedent und Zessionar, das z.B. in einem Kauf oder einer Schenkung besteht.

- a) Das der Abtretung zugrundeliegende Kausalgeschäft berührt nach deutscher Auffassung lediglich die Verpflichtungen zwischen Zedent und Zessionar, während der Schuldner und dessen Verpflichtung hiervon in keiner Weise berührt werden. Aus diesem Grund wird auch keine Veranlassung gesehen, hinsichtlich des Kausalgeschäfts von der im IPR üblichen Anknüpfung von Schuldverträgen abzuweichen⁴. Hierfür ist nach deutschem IPR gemäß

3 Vgl. oben, S. 16, 29, 36.

4 BGH vom 07.12.1961, WM 1962, S. 263, 265; Palandt/Heldrich, Vorbem. 5 c vor Art. 12 EGBGB; Erman-Westermann/Arndt, Rdn. 13 vor Art. 12 EGBGB; Soergel/Kegel, Rdn. 446 vor Art. 7 EGBGB; Firsching, S. 253; Kegel, S. 324; Reithmann, Rdn. 174; Raape, S. 507; Lewald, Anm. 333; Wengler, § 26 a; Guldener, S. 27 ff.; Vischer, IPR, S. 215, Vischer, S. 239; Rüegsegger, S. 68, 72.

dem sogenannten Vertragsstatut in erster Linie der ausdrücklich oder konkludent erklärte Parteiwille maßgeblich, subsidiär der objektive Schwerpunkt des Rechtsverhältnisses.

Diesem Statut unterliegen die schuldrechtlichen Beziehungen, d.h. Abschluß und Wirkungen des Schuldvertrags im Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar⁵.

Dazu gehören das Zustandekommen des Vertrages, d.h. die Regeln über Angebot und Annahme, insbesondere die Frage, ob überhaupt eine rechtsgeschäftliche Erklärung vorliegt (z.B. ob Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben als Annahme gilt, wie lange Bindung an einen Antrag besteht)⁶,

5 Im Verhältnis zu Dritten (z.B. dem Schuldner einer abzutretenden Forderung) entfaltet der Schuldvertrag nach dem in Deutschland herrschenden Abstraktionsprinzip keine Wirkungen.

6 Hinsichtlich dieser Fragen wendet die deutsche Rechtsprechung und Lehre aber statt des Vertragsstatuts das Recht am Wohn- oder Geschäftssitz des Betroffenen an, soweit dieses den Betroffenen im Gegensatz zum Vertragsstatut gegen das Zustandekommen des Vertrags schützt, BGHZ 57, S. 72 ff. = IPRspr. 1971 Nr. 133, OLG Nürnberg, AWD 74, S. 405 mit Anm. Linke = IPRspr. 1973, Nr. 12 A, OLG Frankfurt, AWD 76, S. 107, OLG Hamburg, NJW 1980, S. 1232, Kegel, S. 274 ff., Jayme, Festschrift für Bärman, S. 512 ff., Jayme, Bankgeschäfte, S. 19 ff., 38.

das Vorliegen und die Folgen von Willensmängeln⁷,
die sonstigen Geschäftsvoraussetzungen (insbe-
sondere das Fehlen von Wirksamkeitshindernissen⁸,
die Zulässigkeit des Vertragsinhalts),
die Auslegung des Vertragsinhalts,
die Geschäftswirkungen, insbesondere das Vorliegen
und die Folgen von Leistungsstörungen einschließ-
lich der evtl. Haftung für Verität und Bonität
der Forderung⁹.

7 Im Gegensatz zur h.M. will Kegel auch auf diese Frage
neben dem Vertragsstatut das Recht am Wohn- oder Ge-
schäftssitz des Betroffenen anwenden, soweit dieses den
Betroffenen weniger bindet als das Vertragsstatut, Kegel,
S. 275 f.

8 Gesondert angeknüpft werden jedoch die Form (vgl. Art.
11 EGBGB) des Verpflichtungsgeschäfts (z.B. § 518 BGB)
und die Geschäftsfähigkeit der Parteien (vgl. Art. 7
EGBGB).

9 Zu diesem gesamten Abschnitt, d.h. zu der Frage, welche
Fragen im einzelnen dem Vertragsstatut als Geschäfts-
statut unterliegen vgl. Soergel-Kegel/Kegel, Rdn. 193 ff.
vor Art. 7 EGBGB, Palandt/Heldrich, Anm. 4 vor Art. 12
EGBGB, Erman-Westermann/Arndt, Rdn. 10 ff. vor Art. 12
EGBGB, Kegel, S. 274 ff.

b) Entsprechend der Unterscheidung im materiellen Recht wird auch im deutschen IPR von dem Kausalgeschäft streng das Verfügungsgeschäft, die eigentliche Zession, unterschieden. Dieses wird gesondert vom Kausalgeschäft an das Statut, das für die abzutretende Forderung gilt, das sogenannte Forderungsstatut, angeknüpft¹⁰.

aa) Dem Forderungsstatut als Geschäftsstatut unterliegen Abschluß und Wirkungen des Verfügungsvertrags.

Dazu gehören das Zustandekommen des Verfügungsvertrags, d.h. die Regeln über Angebot und Annahme¹¹, das Vorliegen und die Folgen von Willensmängeln, die abstrakte oder kausale Gestaltung der Abtretung, die sonstigen Geschäftsvoraussetzungen (d.h. das Fehlen

10 RGZ 65, S. 357 ff.; BGH, WM 57, S. 1574; Soergel-Kegel/Kegel, Rdn. 444 vor Art. 7 EGBGB; Staudinger/Firsching, Rdn. 597 vor Art. 12 EGBGB; Firsching, S. 253; Raape, S. 506; Zitelmann, II, S. 394 ff.; Erman-Westermann/Arndt, Rdn. 13 vor Art. 12 EGBGB; Guldener, S. 23 ff.; Palandt/Heldrich, Vorbem. 5 c vor Art. 12 EGBGB; Wengler, § 26 a; Lewald, Anm. 328 ff; Reithmann, Rdn. 167 ff.; Vischer, IPR, S. 215; Vischer, S. 238 f.; Kegel, S. 324; BGH, NJW, 1983, S. 1487 (1488).

11 Daneben gilt auch hier das Recht des Wohn- oder Geschäftssitzes des Betroffenen ergänzend, vgl. oben, S. 76, Fußnote 6.

von Wirksamkeitshindernissen¹², die Abtretbarkeit der Forderung, die Möglichkeit der bedingten Zession oder der Zession künftiger Forderungen und das Erfordernis einer Mitteilung an den Schuldner¹³) und der Zeitpunkt

12 Gesondert angeknüpft werden jedoch die Form, z.B. Schriftform nach Art. 165 Abs. 1 schweiz. OR, (vgl. Art. 11 EGBGB), die Geschäftsfähigkeit (vgl. Art. 7 EGBGB) und die Stellvertretung. Für die Form der Zession ist dies in der schweizerischen Doktrin umstritten; für Anwendbarkeit der *lex loci actus* Rügsegger, S. 62 f.; Vischer, IPR, S. 215; Vischer, S. 239; gegen deren Anwendbarkeit Guldener, S. 34 f., sowie Art. 141 Abs. 3 des schweizerischen IPRG-Entwurfs.

13 Dieses wird allgemein nicht als Form- sondern als Sachvorschrift angesehen. Ist förmliche Zustellung der Mitteilung vorgeschrieben (wie im französischen Recht, vgl. oben, S.34), so ist dies ebenfalls zu beachten; die *lex loci actus* gilt nicht, vgl. Wengler § 26 a (S. 652), RG vom 02.06.1908, NiemZ 18 (1908), S. 449, Guldener, S. 35 ff., Reithmann, Rdn. 170, 171, a.A. Rügsegger (S. 64), der zwischen Erfordernis der Mitteilung und hierfür vorgesehener Form trennt und auf die Formvorschrift die *lex loci actus* anwendet.

des Beginns der Wirkungen der Abtretung¹⁴.

Ebenfalls nach dem Forderungsstatut richtet sich die Stellung des Schuldners nach erfolgter Abtretung, d.h. die Möglichkeit des

-
- 14 Guldener hingegen will die Regeln über Angebot und Annahme (hinsichtlich des Abschlusses des Verfügungsvertrags und hinsichtlich der Vereinbarung von Bedingungen), über Willensmängel und deren Folgen, sowie über die inhaltliche Zulässigkeit einer Bedingung den gleichen Regeln wie bei Schuldverträgen unterstellen (d.h. primär dem nach dem Parteiwillen anwendbaren Recht), vgl. Guldener, S. 41 ff.

Ebenfalls abweichend Rügsegger, der zwar im Gegensatz zur h.M. primär das Recht des Schuldnerwohnsitzes als Geschäftsstatut des Verfügungsvertrags ansieht, die Willenseinigung zwischen Zedent und Zessionar aber auch dann als wirksam erachtet, wenn bei Geschäftseinheit von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft das Vertragsstatut des Verpflichtungsgeschäfts, bzw. bei selbständigem Verfügungsgeschäft das von Zedent und Zessionar gewählte Recht die Einigung aufrechterhält, vgl. Rügsegger, S. 76, 87. Die Frage, ob in Bezug auf den Abschluß des Verfügungsvertrags überhaupt rechtsgeschäftliche Erklärungen abgegeben wurden, hat auch bereits das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 09.03.1907 nicht nach dem Forderungsstatut, sondern wie bei Schuldverträgen nach dem von Zedent und Zessionar stillschweigend gewählten Recht beurteilt. Das Reichsgericht ging auch in diesem Urteil davon aus, daß auf die Zession(en Verfügungsvertrag)grundsätzlich das Forderungsstatut, in casu deutsches Recht, Anwendung finde. Soweit aber die Vorgänge, in denen eine Zession liegen solle, sich im Ausland unter dortigen Kaufleuten abgespielt haben,

Freiwerdens infolge gutgläubiger Leistung an den Nichtberechtigten, die Einreden des Schuldners einschließlich des sog. "retrait litigieux".

- c) Unproblematisch ist die von der in Deutschland herrschenden Meinung vorgenommene unterschiedliche Anknüpfung von Grundgeschäft und Verfügungsgeschäft dann, wenn, wie im deutschen oder schweizerischen materiellen Recht, streng zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft unterschieden wird.

Auf Schwierigkeiten stößt sie aber dann, wenn das Statut des zwischen Zedent und Zessionar geschlossenen Verpflichtungsvertrags eine Rechtsordnung ist, die wie das englische Recht, nicht streng zwischen Kausal- und Verfügungsgeschäft unterscheidet, oder die Forderung gar, wie das französische Recht, ohne Abschluß eines Verfügungsvertrags lediglich aufgrund des Verpflichtungsvertrags auf einen neuen Gläubiger übergehen läßt¹⁵.

so seien diese Vorgänge zu beurteilen wie die Beteiligten sie nach ihrer Rechts- und Verkehrsauffassung aufgefaßt haben und nicht, wie sie aufzufassen wären, wenn sie in Deutschland unter deutschen Geschäftsleuten stattgefunden hätten, vgl. RG vom 09.03.1907, NiemZ 19, S. 174.

15 Vgl. hierzu oben, S. 22, 25, 31.

In diesen Fällen behilft man sich damit, daß man dort, wo das eigentliche Verfügungsgeschäft im Kausalgeschäft verschwindet, einen konkludent geschlossenen Verfügungsvertrag annimmt und diesen nach den Vorschriften des Forderungsstatuts auf seine Wirksamkeit überprüft¹⁶.

Zur Verdeutlichung ein Beispiel:

Ein nach französischem Recht mündlich geschlossener Verpflichtungsvertrag bewirkt nach französischem Recht den Übergang der Forderung im Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar. Nach deutscher Auffassung ist in dem mündlich geschlossenen Verpflichtungsvertrag zugleich eine konkludente mündliche Einigung über den Forderungsübergang zu sehen. Unterliegt nun die abgetretene Forderung deutschem Recht, so ist anhand der deutschen materiellen Rechtsvorschriften zu prüfen, ob diese konkludente mündliche Einigung wirksam ist. Ob die konkludente mündliche Einigung den maßgeblichen Formvorschriften entspricht, ist nach Art. 11 EGBGB alternativ nach dem sog. Geschäftsrecht (derjenigen Rechtsordnung, die für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältnis maßgebend ist) oder dem sog. Ortsrecht (der Rechtsordnung des Ortes, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wurde) zu beurteilen¹⁷. Da nach deutschem Recht

16 Lewald, S. 270 f., Karrer, S. 87, Rügsegger, S. 73.

17 Vgl. oben, S. 78 f.

(Forderungsstatut als Geschäftsrecht der Zession) die Abtretung keiner bestimmten Form bedarf¹⁸, ist somit auch die konkludente mündliche Einigung über den Forderungsübergang wirksam. Unterliegt die abgetretene Forderung hingegen schweizerischem Recht, so ist die Abtretung unwirksam, da nach schweizerischem Recht (Forderungsstatut als Geschäftsrecht der Zession) zur Wirksamkeit der Abtretung die Einhaltung der Schriftform erforderlich ist¹⁹. Etwas anderes gilt natürlich dann, wenn im konkreten Fall das Ortsrecht eine mündliche Forderungsabtretung zuläßt²⁰. Eine weitere Schwierigkeit tritt dadurch auf, daß die Forderungsabtretung in vielen Ländern im Gegensatz zu Deutschland und der Schweiz kausal gestaltet, d.h. von der Wirksamkeit des Kausalgeschäfts abhängig ist. Dieses Problem löst man ähnlich wie bei der sachenrechtlichen Eigentumsübertragung dadurch, daß man die Frage, ob die Abtretung abstrakt oder kausal gestaltet ist, nach dem Forderungsstatut beurteilt. Die Wirksamkeit des Kausalgeschäfts wird aber, obwohl diese im Falle der kausalen Gestaltung der Abtretung unmittelbaren Einfluß auf die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts hat, in jedem Fall gesondert

18 Vgl. oben, S. 36.

19 Vgl. oben, S. 36.

20 Daß die Schweiz die *lex loci actus* evtl. nicht anwenden würde, (vgl. oben, S.79, Fußn. 12) kümmert ein zur Entscheidung berufenes deutsches Gericht nicht.

angeknüpft und nach dem Vertragsstatut des Kausalgeschäfts beurteilt²¹.

d) Zur Begründung für die Anwendung des Forderungsstatuts als Geschäftsstatut der Abtretung dienen im Wesentlichen zwei Argumente:

aa) Eine Forderung könne als einheitliches Gebilde nach allen Seiten hin nur einem einzigen Recht unterstehen. Wenn nun gelehrt werde, daß sich Entstehung und Wirkung einer Forderung etwa nach dem von Gläubiger und Schuldner gewählten Recht oder nach der *lex loci delicti commissi* beurteile, so sei es folgerichtig, daß auch alle übrigen Fragen, zu welchen das Forderungsverhältnis Anlaß geben könne, nach diesem Recht beurteilt würden²².

21 Raape, S. 506, 508 f.; Lewald, S. 272 f.; Guldener, S. 61 f.; Vischer, IPR, S. 215; Vischer, S. 239.

22 Vgl. statt aller, Guldener, S. 23 ff.. Guldener räumt allerdings ein, daß dieser von ihm als Grundsatz der Einheit der Rechtsanwendung bezeichnete Grundsatz nicht unbestritten ist und daß er auch in der Praxis nicht konsequent durchgeführt werde.

bb) Das zweite Argument für die Anwendung des Forderungsstatuts auf die Abtretung wird dem allgemein anerkannten Grundsatz entnommen, daß sich die Stellung des Schuldners durch die Zession nicht verschlechtern dürfe. Zu diesem Zweck stellen alle Länder bestimmte Regeln auf, die dem Schutz des Schuldners bei einer Abtretung dienen und die z.T. den Abtretungsvorgang selbst betreffen (z.B. das Erfordernis einer Mitteilung an den Schuldner), z.T. die Stellung des Schuldners nach der Abtretung (z.B. die Gutglaubensvorschriften und die Einreden). Da nun die Abtretung ohne Wissen und Willen des Schuldners erfolgen kann, wird es für notwendig gehalten, dem Schuldner den Schutz zu erhalten, auf den er bei Eingehung der Verbindlichkeit vertrauen konnte. Dies sei nur bei Anknüpfung der Abtretung an das Forderungsstatut gewährleistet, denn andernfalls bestehe die Gefahr, daß sich die Stellung des Schuldners durch eine nach fremdem Recht erfolgte Abtretung verschlechtere²³.

23 Vgl. Guldener, S. 26 f.; Raape, S. 506; Vischer, IPR, S. 215; Vischer, S. 238.

2) Zu der soeben dargestellten h.M. in Deutschland und der Schweiz finden sich in der deutschen und schweizerischen Literatur nur wenige Gegenstimmen. Die meisten Anhänger hat die Ansicht gefunden, die die Abtretung insgesamt oder zumindest in Teilfragen dem Statut des Schuldnerwohnsitzes unterstellt²⁴. Zur Stützung dieser Ansicht werden verschiedene Argumente angeführt:

a) Z.T. wird gesagt, es sei notwendig, Forderungsrechte v.a. im Hinblick auf das Vollstreckungsrecht und staatliche Zwangsmaßnahmen zu lokalisieren. Die Abtretung sei derjenigen Rechtsordnung zu unterstellen, an der die Forderung belegen sei. Die Belegenheit der Forderung sei am Schuldnerwohnsitz anzunehmen, da sie i.d.R. dort realisiert werde und deshalb letztlich für die Durchsetzung der Forderung maßgebend sei, daß das Recht am Schuldnerwohnsitz die Abtretung für wirksam erachte²⁵.

b) Außerdem wird angeführt, daß mit einer Anknüpfung an den Schuldnerwohnsitz der Schuldnerschutz am ehesten gewährleistet sei, da dem Schuldner diese Rechtsordnung i.d.R. am besten vertraut sei²⁶.

24 Niederer, S. 181; Zweigert, RabelsZ 23 (1958), S. 653; Rabel, Conflicts III, S. 395 ff., 427, 432; Rügsegger, S. 49 ff.

25 Rügsegger, S. 50.

26 Rügsegger, S. 48.

- c) Ein weiteres Argument wird aus den Verkehrsin-
teressen der Rechtssicherheit und Voraussehbar-
keit entnommen. Am Zessionsverhältnis unbeteilig-
te Dritte würden i.d.R. am ehesten eine Person
des Zessionsverhältnisses, nämlich den Schuldner
kennen. Eine Anknüpfung an das Wohnsitzrecht des
Schuldners als objektives Anknüpfungskriterium
gebe diesen Dritten deshalb am ehesten die Mög-
lichkeit zu überprüfen, wem die Forderung gegen-
wärtig zustehe. Das Recht der Forderung könne
nicht für anwendbar erklärt werden, denn die
Dritten könnten nicht wissen, welchem Recht
die Forderung unterstehe²⁷.
- d) Schließlich wird noch darauf hingewiesen, daß
eine Anknüpfung an das Schuldstatut der Forderung
deshalb ungeeignet sei, weil wegen der Vielfalt
der im internationalen Vertragsrecht vertretenen
Theorien gerade Uneinigkeit darüber herrsche,
nach welchen Kriterien dieses zu bestimmen sei²⁸.
- 3) Eigene Stellungnahme zur Anknüpfung der Forderungs-
abtretung:
- a) Die soeben angeführten Argumente gegen eine
Anknüpfung der Abtretung an das Forderungsstatut
und für eine Anknüpfung an das Statut des Schuld-
nerwohnsitzes vermögen meines Erachtens nicht
zu überzeugen.

²⁷ Pillet, Traité, S. 760, Despagnet, Nr. 396.

²⁸ Rügsegger, S. 49.

aa) Die Tatsache, daß einer Forderung für bestimmte Zwecke (Vollstreckungsrecht, staatliche Zwangsmaßnahmen) ein bestimmter, wenn auch fiktiver locus situs zuzuschreiben ist, hat nicht notwendig zur Folge, daß auch die Forderungsabtretung nach dem Recht der Forderungsbelegenheit anzuknüpfen ist. Insbesondere trifft das von Rüeßegger vertretene Argument nicht zu, daß für die Durchsetzbarkeit der Forderung maßgebend sei, daß das Recht des Schuldnerwohnsitzes die Abtretung für wirksam erachte. Zwar wird die Forderung häufig am Wohnsitz des Schuldners eingeklagt werden. Das Gericht am Wohnsitz des Schuldners wird aber zur Beantwortung der Frage, ob der klagende Zessionar Inhaber der Forderung ist, nicht die lex fori anwenden, sondern der am Gerichts-ort herrschenden Meinung folgen²⁹. In Deutschland z.B. wird das Gericht die Abtretung nicht nach dem Wohnsitzrecht des Schuldners beurteilen, sondern nach dem Recht, dem die ursprüngliche Forderung unterlag. Maßgebend für die Durchsetzbarkeit der Forderung ist deshalb nicht, daß das Recht des Schuldnerwohnsitzes die Abtretung für wirksam erachtet, sondern daß das Recht, das das zur Entscheidung berufene Gericht zur Anwendung bringt, die Abtretung für wirksam erachtet³⁰.

29 Die lex fori findet nur Anwendung auf die Beurteilung prozessualer Fragen also nicht auf die Frage der Wirksamkeit der Zession bzw. der Aktivlegitimation des klagenden Zessionars.

30 So auch Reithmann, Rdn. 168.

bb) Auch der Schuldnerschutz erfordert nicht notwendig eine Anknüpfung an den Schuldnerwohnsitz. Zwar wird dem Schuldner die Rechtsordnung an seinem Wohnsitz i.d.R. am vertrautesten sein. Der Schuldnerschutz erfordert aber lediglich, daß dem Schuldner nicht durch eine Vereinbarung zwischen Zedent und Zessionar, an der er selbst nicht beteiligt ist, eine fremde Rechtsordnung aufgezwungen werden kann. Der Schuldner ist aber insoweit nicht schützenswert, als es ihm durchaus zuzumuten ist, daß die Abtretung einer Forderung derjenigen Rechtsordnung unterstellt wird, die der Schuldner durch Vereinbarung mit dem Gläubiger bei Begründung der Forderung zugrundegelegt hat, oder der die Forderung (z.B. bei Forderungen deliktischen Ursprungs) aus gutem Grund vom Gesetzgeber unterstellt worden ist.

cc) Das Argument der Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit spricht eher gegen eine Anknüpfung an den Schuldnerwohnsitz. Selbst wenn man davon ausgeht, daß an dem Zessionsverhältnis unbeteiligte Dritte i.d.R. am ehesten den Schuldner und dessen Wohnsitz kennen, so erwächst doch aus der Möglichkeit eines mehrfachen Wohnsitzes oder eines Wohnsitzwechsels eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob denn auf den Schuldnerwohnsitz z.Z. der Forderungs begründung, z.Z. der Forderungsabtretung, oder z.Z. der gerichtlichen Geltendmachung der Forderung abzustellen ist. Nur wenn man auf den Zeitpunkt der Forderungs begründung abstellt, ist meines Erachtens

die erforderliche Rechtssicherheit gewährleistet, denn nur dann ist auch gewährleistet, daß die Forderung stets derselben Rechtsordnung unterliegt. Stellt man aber auf diesen Zeitpunkt der Forderungs begründung ab, dann ist nach einem späteren Wohnsitzwechsel des Schuldners für einen an dem Zessionsverhältnis unbeteiligten Dritten keineswegs ohne weiteres erkennbar, wo der Schuldner früher (z.Z. der Forderungs begründung) seinen Wohnsitz gehabt hatte. Zwar ist zuzugeben, daß auch das Forderungsstatut in manchen Fällen für Dritte nicht auf den ersten Blick feststellbar sein wird und seine Feststellung zusätzliche Anstrengungen des Dritten erforderlich machen kann. Dies allein rechtfertigt aber nicht, die Anknüpfung an das Forderungsstatut abzulehnen, zumal auch bei einer Anknüpfung an den Schuldnerwohnsitz wegen der Möglichkeit eines mehrfachen Wohnsitzes und eines Wohnsitzwechsels nicht in jedem Fall die Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit gewährleistet sind.

- dd) Auch das Argument, die Anknüpfung an das Schuldstatut der Forderung sei deshalb ungeeignet, weil wegen der Vielfalt der vertretenen Theorien gerade Uneinigkeit darüber herrsche, wie dieses Schuldstatut zu bestimmen sei, vermag nicht zu überzeugen. Zum einen ist diese Uneinigkeit bei der Bestimmung des Schuldstatuts Schwäche und allgemeines Problem des Vertragsstatuts, nicht aber eines daran anknüpfenden Zessionsstatuts. Zum anderen besteht diese angebliche Uneinigkeit jedenfalls weniger für die Bestimmung

der für deliktische Forderungen maßgeblichen Rechtsordnung, und auch für die Bestimmung der für Schuldverträge maßgeblichen Rechtsordnung geht die allgemeine Tendenz nunmehr dahin, primär auf die Rechtswahl der Parteien, sekundär auf den Schwerpunkt des Rechtsverhältnisses abzustellen³¹, sodaß für die Zukunft eine rechtseinheitlichere Anknüpfung des Vertragsstatuts zu erwarten ist. Die Anknüpfung der Forderungsabtretung an das Statut des Schuldnerwohnsitzes ist deshalb abzulehnen.

- b) Fraglich erscheint aber, ob es nicht gerechtfertigt ist, von der Anknüpfung der Abtretung an das Forderungsstatut eine Ausnahme für diejenigen Fragen zu machen, die lediglich die Willenseinigung über den Verfügungsvertrag betreffen, da die Regeln über die Willenseinigung zwischen Zedent und Zessionar nicht dem Schutz des Schuldners dienen³².

Bevor auf diese Frage eingegangen werden soll, erscheint es jedoch angebracht, zunächst die in Frankreich und England h.M. zur Anknüpfung der Forderungsabtretung darzustellen, da die in Frankreich und England h.M. gerade hinsichtlich der Anknüpfung von Zustandekommen und Wirksamkeit des Verfügungsvertrags besonders interessant ist. Die kausale Gestaltung der Forderungsabtretung im französischen und englischen materiellen Recht wirkt sich nämlich

31 Vgl. Art. 3 und 4 des IPR-Vertrags0 vom 19.06.1980.

32 So Guldener, S. 41 ff., vgl. oben, S. 80, Fußnote 14.

- wie noch zu zeigen sein wird - auch auf die kollisionsrechtliche Behandlung des Verfügungsvertrags im französischen und englischen IPR aus und führt zu einer von der in Deutschland herrschenden Meinung abweichenden Anknüpfung des Verfügungsvertrags. Auf die obengenannte Frage soll deshalb erst im Zusammenhang mit der Erörterung der in Art. 12 des IPR-Vertrags⁰ für die Behandlung der Forderungsabtretung vorgesehenen Kollisionsregel eingegangen werden.

II) Frankreich:

Im rechtsvergleichenden Teil wurde gezeigt, daß die Abtretung im französischen Recht aufgrund eines obligatorischen Vertrags erfolgt³³. Es wurde auch darauf hingewiesen, daß nach herrschender deutscher Auffassung von der Abtretung im französischen Recht die eigentliche Abtretung nicht in diesem obligatorischen Vertrag, sondern in einem zugleich konkludent geschlossenen Verfügungsvertrag gesehen wird³⁴.

Diese Auffassung resultiert aus einer konsequenten Anwendung des Abstraktionsprinzips und ist deshalb aus deutscher Sicht logisch und folgerichtig. Im französischen Recht, dem das Abstraktionsprinzip fremd ist, wird diese gedankliche Konstruktion der deutschen Auffassung nicht nachvollzogen. Demgemäß wird auch im französischen IPR bei der Anknüpfung der Abtretung nicht unterschieden zwischen einem Verpflichtungsvertrag und einem (konkludent geschlossenen) Verfügungsvertrag.

33 Vgl. oben, S. 31.

34 Vgl. oben, S. 31, Fußnote 78, S. 81 f.

Zum Verständnis der vom französischen IPR vorgenommenen Anknüpfung der Abtretung ist es außerdem wichtig, sich bewußt zu machen, daß im französischen materiellen Recht die Forderung im Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar durch den bloßen obligatorischen Vertrag übergeht, während im Verhältnis zum Schuldner und zu Dritten zum Übergang der Forderung zusätzlich eine förmliche Mitteilung der Abtretung an den Schuldner erforderlich ist³⁵.

Entsprechend dieser Konstruktion der Abtretung im französischen materiellen Recht unterscheidet das französische IPR die Beziehung zwischen Zedent und Zessionar und die Beziehung zwischen Zessionar und Schuldner.

Auf die Beziehung zwischen Zedent und Zessionar, die ja im französischen Recht nur in dem Abschluß eines Verpflichtungsvertrags besteht, wird das Vertragsstatut dieses Verpflichtungsvertrags angewandt, d.h. diese Beziehung unterliegt in erster Linie dem nach dem Parteiwillen von Zedent und Zessionar, subsidiär dem nach dem Schwerpunkt des zwischen Zedent und Zessionar geschlossenen Vertrags anwendbaren Recht³⁶.

35 Vgl. oben, S. 23, 24.

36 Cour d'appel de Paris vom 15.03.1983, Clunet 1984, S. 143 ff. (145); Cour d'appel de Paris vom 11.02.1969, Clunet 1969, S. 918 = Dalloz 1970, S. 522 = Revue cr. de dr. int. pr. 1970, S. 459; Jacquemont, Clunet 1984, S. 147 ff. (149); Batiffol-Lagarde, Nr. 611; Larroumet, Dalloz 1970, S. 523 f.; Kahn, Clunet 1969, S. 920 ff.; Dayant, Revue cr. de dr. int. pr. 1970, S. 461 ff.; Loussouarn, Revue trim. de dr. c. 1970, S. 170; Loussouarn, Nr. 425, allerdings mit der Einschränkung, daß im Falle fehlender ausdrücklicher Rechtswahl der Zessionsparteien das Recht des Schuldnerwohnsitzes auf die Beziehung zwischen

Dies gilt auch - obwohl nirgends in dieser Deutlichkeit ausgesprochen - für einen evtl. zwischen Zedent und Zessionar abgeschlossenen Verfügungsvertrag, denn auch dieser betrifft die Beziehung zwischen Zedent und Zessionar. Zwar betrifft bei abstrakt gestalteter Zession der Verfügungsvertrag insofern auch das Verhältnis zwischen Zessionar und Schuldner, als er Voraussetzung dafür ist, daß der Zessionar überhaupt Inhaber der Forderung wird. Dasselbe trifft aber gemäß der französischen Auffassung³⁷ bei einer kausal gestalteten Abtretung

Zedent und Zessionar anwendbar sein solle; Batiffol, Nr. 525 ff., allerdings mit der Einschränkung, daß mangels ausdrücklicher Rechtswahl der Zessionsparteien das Forderungsstatut auf die Beziehung zwischen Zedent und Zessionar anwendbar sein solle (Nr. 535); ebenso Mayer Pierre, Nr. 703; A.A. die früher h.M., die auch die Beziehung zwischen Zedent und Zessionar dem Schuldnerwohnsitz unterstellen wollte, vgl. Arminjon, Nr. 142 f.

37 Vgl. oben, S. 92.

entsprechend auf den Verpflichtungsvertrag zu, denn dieser ist dann Voraussetzung dafür, daß der Zessionar Inhaber der Forderung wird. Die Tatsache, daß das französische IPR den Verpflichtungsvertrag dennoch dem Vertragsstatut unterstellt, läßt zwingend den Schluß zu, daß es bei abstrakter Gestaltung der Zession auch den Verfügungsvertrag³⁸ dem Vertragsstatut unterstellen will.

Auf die Beziehung zwischen Zessionar und Schuldner hingegen wendet die in Frankreich mittlerweile h.M. das Forderungsstatut an³⁹.

Diesem Statut unterliegen die Abtretbarkeit der Forderung und die Stellung des Schuldners nach der Abtretung (Einreden einschließlich des "retrait litigieux", Gutglaubensvorschriften etc.), nicht aber das Erfordernis und die Form der Signifikation, die von der in Frankreich h.M. als Publizitätser-

38 Mit den Bezeichnungen "Verpflichtungs"- und "Verfügungsvertrag" ist in diesem Zusammenhang nur die Willenseinigung zwischen Zedent und Zessionar und deren Wirksamkeit gemeint, nicht aber die Abtretbarkeit der Forderung und nicht das Erfordernis einer Mitteilung an den Schuldner.

39 Batiffol/Lagarde, Nr. 611; ebenso die auf S. 93, Fußnote 36, angeführte Literatur und Rspr.: Larroumet, a.a.O.; Kahn, a.a.O.; Dayant, a.a.O.; Cour d'appel, de Paris, a.a.O.; Jacquemont a.a.O.; Batiffol, a.a.O.; a.A. Loussouarn, a.a.O., der das Recht des Schuldnerwohnsitzes anwenden will, sich aber zur Stützung seiner Ansicht zu Unrecht auf die obengenannte Entscheidung des Cour d'appel de Paris vom 11.02.1969 und auf Batiffol/Lagarde beruft; für Anwendung des Rechts des Schuldnerwohnsitzes auch die früher h.M., vgl. Arminjon, a.a.O.

fordernis angesehen und dem Recht des Schuldner-
wohnsitzes unterstellt wird⁴⁰.

Nicht ausdrücklich erwähnt wird von der französischen
Rechtsprechung und Literatur die Frage, nach welcher
Rechtsordnung zu beurteilen ist, ob die Abtretung
abstrakt oder kausal gestaltet ist, d.h. ob der
Forderungsübergang davon abhängig ist, daß ein gülti-
ges Kausalgeschäft zwischen Zedent und Zessionar
geschlossen wurde. Da diese Frage jedoch die Bezie-
hung zwischen Zedent und Zessionar betrifft und
- ähnlich wie die Frage der Gültigkeit des Kausal-
oder Verfügungsgeschäfts⁴¹ - nur indirekt die Be-
ziehung zwischen Zessionar und Schuldner, ist anzu-
nehmen, daß diese Frage nicht dem Forderungs-, sondern
dem Vertragsstatut unterstellt würde⁴².

40 Vgl. die auf S. 93 in Fußnote 36 aufgeführte Lit. und
Rspr. ; mit Ausnahme von Batiffol, der auch auf das
Erfordernis der Signifikation das Forderungsstatut an-
wenden will, vgl. Batiffol, Nr. 536 und Battifol-Lagarde,
Nr. 611.

41 Vgl. oben, S. 93 f.

42 Hiervon ist die Frage zu unterscheiden, ob das Kausal-
oder Verfügungsgeschäft gültig ist; diese Frage wird,
wie gesagt, ebenfalls nach dem Vertragsstatut beurteilt,
vgl. oben, S. 93 f.

III) England:

Das englische materielle Recht unterscheidet, wie gezeigt, zwischen "promise to assign" (Grundgeschäft) und "assignment" (Verfügungsgeschäft)⁴³. Diese Unterscheidung wird aber im englischen Recht nicht so streng gehandhabt wie im deutschen Recht, wird doch auch für das Verfügungsgeschäft eine "good consideration" verlangt⁴⁴.

- 1) Im englischen IPR der Abtretung tritt das Verpflichtungsgeschäft in den Hintergrund. Es kann jedoch kein Zweifel bestehen, daß nach englischem IPR für dieses Verpflichtungsgeschäft, wie für jeden schuldrechtlichen Vertrag, das Vertragsstatut, d.h. in erster Linie das von den Parteien gewählte Recht, in zweiter Linie das Recht des objektiven Vertragsschwerpunkts ("proper law" bzw. "most significant relationship") maßgeblich ist⁴⁵.
- 2) Die Anknüpfung des "assignment" ist im englischen IPR umstritten.
 - a) In der angelsächsischen Rechtsprechung ist in dieser Frage keine eindeutige Linie erkennbar. Allein der wichtigste leading case *Republica de Guatemala v. Nunez*⁴⁶ hält mehrere Lösungen bereit. In diesem Fall kam es entscheidend auf Fragen der Rechtsfähigkeit, Form und materiellen Wirksamkeit des Abtretungsvertrags an. Von den verschiedenen

43 Vgl. oben, S. 30.

44 Vgl. oben, S. 25 f., 30.

45 Vgl. *Cheshire & North*, S. 195 ff., 206 ff.

46 (1927), 1 K.B. 669, *RabelsZ* 2 (1928), S. 253.

Richtern wurden diese Fragen z.T. dem Abtretungsort (lex loci actus), z.T. dem Wohnsitz der Zessionsparteien (lex domicilii), z.T. der Forderungsbelegenheit (lex situs)⁴⁷ unterstellt. Im Ergebnis wurden diese Fragen von allen Richtern, mit der in Fußnote ⁴⁷ genannten Ausnahme, dem Recht von Guatemala unterstellt, denn dieses war zugleich der Ort des Vertragsschlusses, der Wohnsitz der Zessionsparteien und mangels Rechtswahl wohl auch das "proper law of the assignment" (Vertragsstatut). Auch die übrige Praxis ist uneinheitlich⁴⁸.

47 Richter Lawrence L.J. in Abweichung von den anderen Richtern hinsichtlich der Form, was ihn in dieser Frage zur Anwendung englischen Rechts führte.

48 Vgl. folgende Fälle: Lee v. Abdy, (1886), 17 Q.B. 309, (Zessionsort maßgeblich für materielle Wirksamkeit der Zession, zugleich wird aber auch der Wohnsitz der Zessionsparteien als maßgeblich erwähnt); auch in Re Anziani, (1930), 1 Ch. 407, ist unklar, ob der Wohnsitz der Zessionsparteien oder der Abtretungsort für die Anknüpfung entscheidend war; in Kelly v. Selwyn (1905), 2 Ch. 117, ist unklar, ob für das Erfordernis einer Mitteilung an den Schuldner die lex fori, das Recht der Forderungsbelegenheit oder das Forderungsstatut maßgeblich war; in Coleman v. American Sheet and Tin Plate Co., 285 Ill. App. 542, 2 N.E. 2 d 349 (1936) wurde die Abtretbarkeit dem Forderungsstatut unterstellt.

Z.T. ist auch unklar, ob die zur Entscheidung berufenen Richter, wenn sie das Recht des Zessionsortes oder des Wohnsitzes der Zessionsparteien zur Anwendung brachten, nicht in Wirklichkeit das "proper law of the assignment" (Statut des Abtretungsvertrags) anwenden wollten und der Zessionsort oder der Wohnsitz der Zessionsparteien mangels Rechtswahl der Parteien nur als Anhaltspunkte für die "most significant relationship" des Zessionsvertrags diene⁴⁹.

- b) Die moderne Lehre in England unterstellt den Abtretungsvertrag dem "proper law of the assignment", d.h. dem Vertragsstatut des zwischen Zedent und Zessionar geschlossenen Verfügungsvertrags⁵⁰. Dieses wird - wie bei schuldrechtlichen Verträgen - in erster Linie durch die Rechtswahl der Zessionsparteien, in zweiter Linie durch den Vertragsschwerpunkt bestimmt⁵¹. Dem Vertragsstatut unterstehen Fragen des Zustandekommens, der Auslegung und der Wirksamkeit des Zessionsvertrags, wobei jedoch - wie bei allen Verträgen⁵² - Fragen der Geschäftsfähigkeit und Form gesondert angeknüpft werden⁵³. Dem Vertragsstatut wird auch die Frage unterstellt, ob eine "good consideration" für die Wirk-

49 So Cheshire & North, S. 543, Dicey & Morris, S. 574.

50 Cheshire & North, S. 536 ff., Dicey & Morris, Rule 82 (S. 573 ff.); Morris, S. 303 ff.

51 Cheshire & North, S. 541, 211 ff.; Dicey & Morris, S. 573; Morris, S. 304, 306 ff.

52 Vgl. oben, S. 79, Fußnote 12.

samkeit des Verfügungsvertrags nötig ist⁵⁴. Die Abtretbarkeit der Forderung hingegen, das Erfordernis einer Mitteilung an den Schuldner, der Zeitpunkt der Wirksamkeit der Zession (die Priorität bei mehrfacher Abtretung) und wohl auch das Verhältnis zwischen Zessionar und Schuldner nach erfolgter Zession (Einreden, Gutglaubensschutz)⁵⁵

53 Die Anknüpfung der Geschäftsfähigkeit ist umstritten, vgl. Cheshire & North, S. 221 ff.; North hält die Rechtswahl der Parteien hier für unerheblich und schlägt eine Anknüpfung an den Schwerpunkt des Vertrages (law of the country, with which the contract is most substantially connected) vor. Um Formerfordernissen zu genügen, reicht es, wenn entweder die Ortsform, oder die Form des Vertragsstatuts eingehalten ist, Dicey & Morris, S. 575, Cheshire & North, S. 219 f.

54 Morris, S. 307 .

55 Das Verhältnis zwischen Zessionar und Schuldner wird in der Literatur im Zusammenhang mit der Abtretung nicht ausdrücklich erwähnt. Seine Anknüpfung an das Forderungsstatut auch im englischen IPR ergibt sich jedoch daraus, daß auch nach englischem Sachrecht durch die Abtretung zwar ein Gläubigerwechsel eintritt, die ursprüngliche Verpflichtung aber - anders als bei der Novation - dieselbe bleibt, vgl. Cheshire & North, S. 242. Für das common law ist dies ganz selbstverständlich, weil sich dort die Zession aus der Übertragung des Ausübungsrechts der Forderung entwickelt hat, vgl. oben, S.27 f. Fragen die die Verpflichtung des Schuldners betreffen, insbesondere die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Schuldner endgültig von seiner Verpflichtung befreit wird (durch Zahlung an den Alt- oder Neugläubiger oder Hinterlegung) beurteilen sich deshalb auch nach englischem IPR nach wie vor der Abtretung nach dem Forderungsstatut.

werden dem Forderungsstatut unterstellt⁵⁶.

IV) Zusammenfassung:

Die Darstellung der herrschenden Meinungen in der BRD, Frankreich und England hat gezeigt, daß in allen drei Ländern im Zusammenhang mit der Forderungsabtretung zwei Statute im Vordergrund stehen, das Vertragsstatut und das Forderungsstatut. In einzelnen Punkten bestehen jedoch Unterschiede.

Einheitlich wird das Verpflichtungsgeschäft zwischen Zedent und Zessionar dem Vertragsstatut, d.h. primär der Rechtswahl der Zessionsparteien, sekundär dem Schwerpunkt des Verpflichtungsgeschäfts unterstellt.

Einheitlich werden die Abtretbarkeit der Forderung und das Verhältnis zwischen Zessionar und Schuldner nach erfolgter Abtretung dem Forderungsstatut unterstellt.

Uneinigkeit herrscht hinsichtlich der Behandlung des Erfordernisses der Mitteilung der Abtretung an den Schuldner. Während dieses im deutschen und englischen IPR ebenfalls dem Forderungsstatut unterstellt wird, gilt hierfür nach französischem IPR das Statut des Schuldnerwohnsitzes.

Uneinigkeit herrscht auch hinsichtlich der Behandlung des Verfügungsvertrags. Im englischen und französischen IPR gelten für diesen dieselben Regeln, die auch sonst für Verträge gelten, d.h. er wird primär nach dem von den Zessionsparteien gewählten Recht, sekundär mangels Rechtswahl nach dem Statut des objektiven Schwerpunkts des Zessionsvertrags beurteilt.

56 Cheshire & North, S. 539 ff.; Dicey & Morris, Rule 81, 83; Morris, S. 304 f., 307 f.

Im deutschen IPR wird der Zessionsvertrag hingegen dem Forderungsstatut unterstellt.

Dementsprechend wird auch die Frage, ob die Abtretung abstrakt oder kausal gestaltet ist im deutschen IPR nach dem Forderungsstatut, im französischen und englischen IPR nach dem Vertragsstatut beurteilt.

Gesondert angeknüpft werden von allen drei Ländern die Geschäftsfähigkeit und die Form, wobei sich die unterschiedliche Anknüpfung des Verfügungsvertrags auch auf die für diesen evtl. erforderliche Form auswirkt, da es nach deutschem IPR genügt, wenn der Verfügungsvertrag entweder den Formerfordernissen der *lex loci actus* oder denen des Forderungsstatuts entspricht⁵⁷, während er nach französischem und englischem IPR entweder den Formerfordernissen der *lex loci actus* oder denen des Vertragsstatuts entsprechen muß.

57 Vgl. hierzu insbesondere die Entscheidung des BGH vom 23.02.1983, NJW 1983, S. 1487 (1488), in der diese Lösung für das deutsche IPR noch einmal ausdrücklich ausgesprochen wird.

Zweites Kapitel
Stand der Meinungen
zur kollisionsrechtlichen
Behandlung der Legalzession

In der Einleitung wurde gezeigt, daß es bei der Legalzession ebenso wie bei der Abtretung um die Rechtsbeziehung zwischen drei Personen geht. Das Schuldverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger unterscheidet sich bei der Legalzession in keiner Weise von dem Schuldverhältnis, das bei der Abtretung zwischen Schuldner und Gläubiger besteht.

Es ist vertraglicher oder gesetzlicher (häufig deliktischer) Art und unterliegt seinem eigenen Statut, dem Forderungsstatut. Die Beziehung zwischen Gläubiger und Drittem ist bei der Legalzession allerdings anders gear-
tet als bei der Abtretung. Während bei der Abtretung die Verpflichtung des Gläubigers darin besteht, die Forderung auf den Dritten zu übertragen, sind die Beziehungen zwischen Gläubiger und Drittem bei der Legalzession nicht auf die (rechtsgeschäftliche) Übertragung einer Forderung ausgerichtet. Die Beziehungen zwischen Gläubiger und Drittem können vielmehr unterschiedlichster Art sein, z.B. können sich Gläubiger und Dritter als Versicherungsnehmer und Versicherer, als Sicherungsnehmer und Sicherungsgeber, als Auftragnehmer und Auftraggeber gegenüberstehen. Diesen unterschiedlichen Beziehungen zwischen Gläubiger und Drittem ist jedoch gemeinsam, daß unter bestimmten Voraussetzungen ein gesetzlicher Übergang einer Forderung, die dem Gläubiger zusteht, auf den Dritten stattfindet, weil der Gesetzgeber diesen Forderungsübergang zum Ausgleich der Interessen von Schuldner, Gläubiger und Drittem als billig empfindet.

Die Frage nach dem Statut, das über diesen gesetzlichen Forderungsübergang entscheiden soll, stellt sich immer dann, wenn die betreffende Forderung einem anderen Recht untersteht als das Lebensverhältnis, auf Grund dessen sie kraft Gesetzes übergehen soll.

- 1) Einigkeit herrscht darüber, daß die den Gegenstand der Legalzession bildende Forderung nach wie vor ihrem Übergang auf einen neuen Gläubiger derselben Rechtsordnung unterliegt⁵⁸. Dieser selbstverständliche Satz erklärt sich schon aus der Rechtsnatur, die der Legalzession zueigen ist. Diese ist nämlich nach heute herrschender Ansicht ein Forderungsübergang mit Gläubigerwechsel unter Bewahrung der Identität der Forderung⁵⁹. Dabei ist es unerheblich, ob in den Fällen der Subrogation die Forderung trotz der Zahlung eines Dritten bestehenbleibt, oder ob ihr Bestehenbleiben nur fingiert wird, um den Übergang der Forderung auf den Dritten zu ermöglichen. Auch wenn das Bestehenbleiben der Forderung nur fingiert wird, ist die übergegangene Forderung identisch mit der ursprünglichen Forderung. Betrachtet man nämlich - wie die moderne Zessionslehre⁶⁰ - die Forderung nicht als Rechtsbeziehung zwischen zwei Personen, sondern als abstrakten Vermögenswert, dann gehört die Person des Gläubigers nicht zum Inhalt der Forderung. Die Forderung bewahrt deshalb trotz des Gläubigerwechsels ihre Identität.

58 Vgl. stellvertretend für alle: Münchener Kommentar/Martiny, Rdn. 136 vor Art. 12 EGBGB.

59 Roos, S. 4 ff.

60 Vgl. oben, S. 18 f.

Weitgehend Einigkeit herrscht auch darüber, daß sich die Abtretbarkeit der Forderung nach dem Statut der Forderung richtet und daß die Vorschriften, die dem Schutz des Schuldners vor einer Verschlechterung seiner Lage durch den Gläubigerwechsel dienen, ebenfalls dem Forderungsstatut zu entnehmen sind⁶¹.

- II) Umstritten ist jedoch die Frage, nach welcher Rechtsordnung es zu beurteilen ist, ob überhaupt eine Forderung kraft Gesetzes auf einen neuen Gläubiger übergeht.

61 Vgl. Beemelmans, RabelsZ 29 (1965), S. 519, Rabel, Conflicts III, S. 446, Soergel-Kegel/Kegel, Rdn. 448 vor Art. 7 EGBGB, Guldener, S. 117, Keller, SJZ 1975, S. 310, Batiffol, S. 436. Eine Mindermeinung hingegen entnimmt die Schuldnerschutzvorschriften dem Statut des Schuldnerwohnsitzes, vgl. Rabel, Conflicts III, S. 427 ff., zweifelnd Reithmann, Rdn. 181.

- 1) Die h.M. knüpft den Eintritt der Legalzession an das Zessionsgrundstatut, d.h. an diejenige Rechtsordnung an, die das den gesetzlichen Forderungsübergang auslösende Verhältnis zwischen Gläubiger und Drittem beherrscht⁶².
-

62 Deutsche Literatur: Soergel-Kegel/Kegel, Rdn. 448 vor Art. 7 EGBGB; Münchener Kommentar/Martiny, Rdn. 136 vor Art. 12 EGBGB; Palandt/Heldrich, Anm. 5 c vor Art. 12 EGBGB; Kegel, S. 324 f.; Firsching, S. 253; Wolff, S. 152; Reithmann, Rdn. 179 ff.; Lewald, S. 276 ff., der zwar zur Voraussetzung macht, daß das Forderungsstatut die Legalzession anerkennt, dies jedoch schon dann für gegeben hält, wenn die Forderung abtretbar ist und die für die Abtretung vom Forderungsstatut vorgeschriebenen Schuldnerschutzvorschriften (einschließlich einer evtl. erforderlichen Signifikation) eingehalten sind; Beemelmanns, RabelsZ 29 (1965), S. 511 ff., der allerdings die Legalzession zugunsten eines von mehreren Gesamtschuldnern und die Legalzession zugunsten eines von mehreren Unterhaltspflichtigen nur dann eintreten läßt, wenn sowohl das Zessionsgrund- als auch das Forderungsstatut sie anordnet.

Deutsche Rechtsprechung: RG vom 23.04.1903, RGZ 54, S. 311; das Reichsgericht geht in dieser Entscheidung allerdings mit keinem Wort auf die Interessenlage des Hauptschuldners ein, sondern nur auf die Interessenlage von Bürge und Gläubiger; Hans. OLG Hamburg vom 06.12.1966, IPRspr. 1966/67, Nr. 34; LG München I vom 20.09.1973, IPRspr. 1973, Nr. 19; LG München I vom 10.04.1981, bestätigt vom OLG München am 27.11.1981, IPRspr. 1981, Nr. 32 = IPRax 1982, S. 78 f., mit zustimmender Anmerkung von Jayme.

Frühere schweizerische Rechtsprechung des Bundesgerichts: BG vom 22.09.1959, BGE 85 II, S. 267 ff.; BG vom 27.11.1962, BGE 88 II, S. 430 ff.; BGE 98 II, S. 237 ff.

- a) Als Argument für die Anknüpfung des Eintritts der Legalzession an das Zessionsgrundstatut wird angeführt, daß die Subrogation der Aufrechterhaltung des Leistungsgleichgewichts zwischen Gläubiger und zahlendem Dritten diene. Sie habe den Zweck, das Funktionieren des zwischen Gläubiger und zahlendem Dritten bestehenden Rechtsverhältnisses zu gewährleisten und sei ein Ausgleich für die Zahlungspflicht des Dritten. Die Störung des Innenverhältnisses zwischen Gläubiger und zahlendem Dritten wäre ebenso groß, wenn der Dritte eine Forderung erhielte, auf die er nach dem Recht des Innenverhältnisses keinen Anspruch hat, wie wenn er

Französische Literatur und Rechtsprechung: "les cas de subrogation légale doivent obéir aux lois des institutions pour le fonctionnement desquelles ils sont institués", vgl. Batiffol, Rép. int., "obligations", Bd. 2, S. 496 f.; Batiffol/Lagarde, Nr. 611; Mayer-Pierre, Nr. 733; Cour de cass. (1re Ch. civ.) vom 17.03.1970, Rev. cr. de dr. int. pr. 50 (1970), S. 688 ff., mit zust. Anm. von Lagarde, = Clunet 1970, S. 923 ff., mit zust. Anm. von la Pradelle; Cour de cass. (1re Ch. civ. vom 19.03. 1973, Clunet 1974, S. 132 ff., mit zust. Anm. von Bigot.

Belgische Rechtsprechung: Cour de cass. de Belgique (1re Ch.) vom 23.10.1969, Revue de dr. int. pr. 59 (1970), S. 688 ff.

sie entgegen der Anordnung dieses Statuts nicht erhielt⁶³.

Im Versicherungsrecht komme der Möglichkeit, sich auf dem Regreßwege gegenüber dem Schadenstifter erholen zu können, bei der Risikoberechnung erhebliche Bedeutung zu; die Regreßmöglichkeit bilde eine der Grundlagen bei der Aufstellung des Geschäftsplans und der Festsetzung der Prämien⁶⁴.

Die Zahlung des Dritten im Fall der Subrogation sei für den Schuldner eine "res inter alios acta", wenn sie nicht zum Zwecke der Befreiung des Schuldners erfolgt sei. Der Schuldner habe deshalb kein Anrecht auf den Untergang der Forderung. Deshalb müsse in diesem Fall das für die Leistung des Dritten maßgebliche Statut darüber entscheiden, ob die Forderung gegen den Schuldner durch die Leistung des Dritten untergegangen sei; andernfalls könnten die Rechte des Dritten durch das Eingreifen des Forderungsstatuts beschränkt oder erweitert werden⁶⁵.

- b) Diejenigen Vertreter der h.M., die sich eingehend mit den Einzelfällen der Legalzession auseinandersetzen, lassen jedoch für bestimmte Fälle Ausnahmen von der grundsätzlichen Anknüpfung des Eintritts der Legalzession an das

63 Beemelmans, RabelsZ 29 (1965), S. 518; Kegel, S. 324.

64 Ryser, S. 111.

65 Beemelmans, RabelsZ 29 (1965), S. 520; BGE 85 II, S. 271.

Zessionsgrundstatut zu. Die einzelnen von diesen Autoren angeführten Ausnahmefälle und die von ihnen vorgeschlagenen Lösungen sind jedoch recht unterschiedlich.

aa) Wengler⁶⁶ beispielsweise hält die Anknüpfung der Legalzession an das Zessionsgrundstatut dann für unbillig, wenn die Rechte mehrerer Staaten, welche Verpflichtungen mehrerer Personen zur Erbringung von Leistungen zu demselben Zweck begründen, verschiedene Ansichten darüber haben, auf welchem von diesen Leistungspflichtigen letztlich die Last verbleiben soll. Als Beispiel nennt Wengler den Fall, in dem bei Überversicherung durch Mehrfachversicherung ein Versicherungsstatut vorsieht, daß der Versicherer aus dem älteren Versicherungsvertrag die Last alleine zu tragen habe, während ein anderes Aufteilen der Last unter den Versicherern proportional den Versicherungssummen vorsieht und ein drittes vielleicht die Belastung bei demjenigen Versicherer belassen will, an den sich der Versicherte hält⁶⁷. In solchen Fällen hält Wengler Billigkeitslösungen für unvermeidlich und schlägt im genannten Beispielsfall vor, die Last entsprechend der zweiten Lösung proportional den Versicherungssummen aufzuteilen, weil diese Lösung wohl auch zwischen Versicherern unter den anderen Ver-

66 Wengler, § 26 d.

67 Vgl. hierzu die Ausführungen im rechtsvgl. Teil, oben, S. 70 ff.

sicherungsrechten zugleich der Billigkeit entspreche⁶⁸.

- bb) Beemelmanns, dessen Arbeit grundlegend für die in der BRD herrschende Meinung ist und der auch den Meinungswandel Kegels beeinflusst hat, schlägt eine besondere Anknüpfung des Eintritts der Legalzession bei der Gesamtschuld vor⁶⁹.

In den Fällen, in denen zwei Schuldner die gleiche Leistung schulden und beide Verbindlichkeiten verschiedenen Rechten unterstehen, ohne daß das Innenverhältnis der beiden Schuldner geregelt ist, sei eine gesamtschuldnerische Haftung nur dann anzunehmen, wenn beide Schuldstatute dies anordneten, da das Gesamtschuldverhältnis zwei gleichrangige Verbindlichkeiten voraussetze und nicht eines der beiden Schuldstatute diese Wertungsfrage alleine entscheiden könne. Die Vorschriften über Detailfragen seien allerdings dem Statut des Ausgleichspflichtigen (Forderungsstatut)

68 Wengler, a.a.O. (Fußnote 66). § 59 Abs. 2, S. 2 VVG (Deutschland) enthält demgegenüber eine einseitige Schutzvorschrift für den deutschen Versicherer. Danach soll ein ausländischer Versicherer nur im Falle der Gegenseitigkeit einen Ausgleichsanspruch gegen einen deutschen Versicherer geltend machen können, d.h. dann, wenn er selbst im Falle der Inanspruchnahme des anderen Versicherers durch den Versicherungsnehmer nach den für ihn maßgeblichen (ausländischen) Rechtsvorschriften ebenfalls zur Ausgleichung verpflichtet wäre.

69 Beemelmanns, RabelsZ 29 (1965), S. 526 ff.

zu entnehmen. Dementsprechend finde ein selbständiger Regreß des in Anspruch Genommenen stets dann statt, wenn beide Statute ihn anordneten.

In den Fällen, in denen beide Schuldner nach ihrem Statut jeweils primär oder jeweils subsidiär haften sollen, schlägt Beemelmans vor, jedem der Schuldner im Falle seiner Inanspruchnahme durch den Gläubiger in Analogie zur schlichten Gesamtschuld einen anteiligen Regreß gegen den anderen Schuldner zu gewähren.

In den Fällen, in denen das eine Statut subsidiäre oder primäre Haftung, das andere jedoch gesamtschuldnerische Haftung mit anteiligem Regreß vorsieht, will Beemelmans den Regreßanspruch nur insoweit zulassen, als beide Statute ihn anordnen, da auf diese Weise der Wille des einen Rechts ganz, der des anderen wenigstens zur Hälfte verwirklicht werde.

In allen Fällen läßt Beemelmans in Höhe des selbständigen Regreßanspruchs auch eine Legalzession zugunsten des vom Gläubiger in Anspruch genommenen Schuldners zu, wenn das Recht des Ausgleichsberechtigten (das Zessionsgrundstatut) sie vorschreibt.

In unterhaltsrechtlichen Fällen, in denen die Unterhaltungspflichten verschiedener Personen verschiedenen Rechtsordnungen unterliegen, läßt Beemelmans einen Regreß nur zu, soweit beide Statute ihn anordnen, wobei Einzelheiten sich nach dem Statut des Ausgleichspflichtigen (Forderungsstatut) richten sollen.

cc) Wolff läßt gesetzliche Rückgriffsrechte unter Gesamtschuldnern nur zu, wenn sie nach beiden Rechtsordnungen bestehen⁷⁰.

dd) Rabel⁷¹ führt als Beispiel für eine Ausnahme von der Anknüpfung des Eintritts der Legalzession an das Zessionsgrundstatut den Fall auf, daß für eine Schuld von verschiedenen Personen verschiedenartige Sicherheiten bestellt wurden. Befriedigt nun einer dieser Sicherungsgeber den Gläubiger, so gehen grundsätzlich zusammen mit der Hauptforderung die für diese bestellten Sicherheiten auf den Zahlenden über⁷². Da auch im umgekehrten Fall, wenn der andere Sicherungsgeber den Gläubiger befriedigt, mit der Hauptforderung die für diese bestellten Sicherheiten auf den Zahlenden übergehen, ordnet die in Deutschland h.M., um zu vermeiden, daß jeweils derjenige bevorzugt wird, der zuerst bezahlt, an, daß mehrere gleichartige Sicherungsgeber gesamtschuldnerisch haften, bei Zusammenreffen von Bürge und Verpfänder jedoch stets nur eine Legalzession nach § 401 BGB zugunsten des Bürgen, niemals aber zugunsten des Verpfänders stattfindet⁷³. Rabel wirft nun die Frage auf,

70 Wolff, S. 154.

71 Rabel, Conflicts III, S. 440 f.

72 Im deutschen Recht gemäß § 401 BGB.

73 Vgl. hierzu die Ausführungen im rvgl. Teil, oben, S. 67 ff.

wie diese Fälle zu behandeln sind, wenn die verschiedenen Sicherheiten nach verschiedenen Rechtsordnungen bestellt wurden und diese Rechtsordnungen sich uneinig sind, welcher der verschiedenen Sicherungsgeber im internen Verhältnis bevorzugt werden soll. Rabel spricht dieses Problem jedoch nur an, ohne selbst einen Lösungsvorschlag anzubieten.

ee) Hausheer⁷⁴ schließlich schlägt vor, daß immer dann, wenn zwei Regreßordnungen im internationalprivatrechtlichen Bereich in Konflikt geraten, weder einseitig auf das Forderungs-, noch einseitig auf das Zessionsgrundstatut abgestellt werden sollte. Vielmehr solle auf die allgemeine Regel des Verhältnisses unter mehreren Gesamtschuldnern zurückgegriffen werden, wonach im Zweifel jeder Gesamtschuldner im Innenverhältnis einen gleichen Teil zu übernehmen habe.

2) Den Gegenmeinungen zur h.M. ist gemeinsam, daß sie alle dem Forderungsstatut Einfluß auf die Frage des Eintritts der Legalzession einräumen.

a) Eine Ansicht läßt die Legalzession nur eintreten, wenn das Forderungsstatut sie im konkreten Fall

74 Hausheer, SJZ 1966, S. 357.

anordnet⁷⁵. Zur Begründung für diese Ansicht dienen im wesentlichen folgende Argumente:

Z.T. wird darauf abgestellt, daß zum Inhalt der Verpflichtung auch die Person des Gläubigers gehöre. Eine Änderung der Person des Gläubigers

75 Deutsche Literatur: Wussow, NJW 1964, S. 2325 ff. und ihm folgend Gitter, NJW 1965, S. 1108 ff.; beide Autoren räumen allerdings dem Dritten im Fall des Scheiterns der Legalzession einen Anspruch auf Abtretung der Forderung gegen den Gläubiger ein, wenn das Zessionsgrundstatut eine Legalzession vorsehen würde, setzen sich aber nicht mit der Frage auseinander, ob dies auch dann gelten soll, wenn das Forderungsstatut im Gegensatz zum Zessionsgrundstatut im Falle der Leistung des Dritten den Untergang der gegen den Schuldner gerichteten Forderung anordnet; Neumeyer, S. 30; Frankenstein, S. 266 f.; Laberenz, S. 79 ff., 93 ff., allerdings nur für die Fälle der Subrogation, nicht für die Fälle der gewöhnlichen Legalzession, deren Eintritt er dem Zessionsgrundstatut unterstellt, und nicht für die Fälle der Subrogation des Sozialversicherungsträgers, die er ebenfalls dem Zessionsgrundstatut unterstellt, wobei der aber zusätzlich verlangt, daß auch das Forderungsstatut den eigenen Versicherungsträger im konkreten Fall subrogieren würde. Schweizerische Literatur: Guldener, S. 133 ff., allerdings nur für die Subrogation, nicht für die gewöhnliche Legalzession, die er dem Zessionsgrundstatut unterstellt, Guldener, S. 93 ff., 108; Keller, SJZ 1960, S. 65 ff. und SJZ 1975, S. 310 ff., 325 ff., der allerdings die zugunsten des Sozialversicherers angeordnete Legalzession dem Zessionsgrundstatut unterstellt, weil dessen Haftung im Verhältnis zu anderen Schuldnern von vornherein subsidiär sei, Keller, SJZ 1975, S. 329.

sei mithin gleichzeitig eine Änderung des Inhalts des zwischen dem bisherigen Gläubiger und dem Schuldner bestehenden Rechtsverhältnisses. Eine Änderung der Person des Gläubigers könne deshalb als Änderung des Inhalts der Verpflichtung nur gemäß der für das Rechtsverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger zuständigen Rechtsordnung erfolgen⁷⁶.

Außerdem wird gesagt, es sei nicht ersichtlich, weshalb die Legalzession anders behandelt werden solle als die Forderungsabtretung, die ja auch dem Forderungsstatut unterstellt werde⁷⁷.

Zum Teil wird auch der sogenannte Grundsatz der Einheit der Rechtsanwendung herangezogen, wonach begrifflich eine Forderung nur einem Recht unterstehen könne. Deshalb könne nur dasjenige Recht, das die Entstehung und Wirkungen der Forderung beherrsche, auch über deren weiteres Schicksal bestimmen⁷⁸.

Niederländische Rechtsprechung: Tribunal d'Amsterdam vom 16.04.1958, Clunet 1961, S. 896 ff.; Tribunal de Maestricht vom 28.05.1964, Clunet 1969, S. 988 f.; weitere Nachweise über die niederländische Rechtsprechung bei Beemelmans, RabelsZ 29 (1965), S. 517, Fußn. 19.

76 Wussow, NJW 1964, S. 2325.

77 Wussow, NJW 1964, S. 2327.

78 Guldener, S. 134 f.; Keller, SJZ 1975, S. 326, 329 f.

Hauptargument für eine Berücksichtigung des Forderungsstatuts ist aber der Gedanke des Schuldnerschutzes:

Für den Schuldner sei es eine geradezu unerträgliche Belastung, wenn er sich in jedem einzelnen Fall über das für ihn ausländische Recht informieren soll, um danach zu prüfen, inwieweit ihm gegenüber Abtretungen oder sonstige Verfügungen wirksam seien oder nicht⁷⁹.

Der Hauptanwendungsfall der Legalzession, die Subrogation, sei nur ein Mittel, um eine dahinterstehende Regreßordnung zu realisieren; diese Regreßordnung bestimme, daß die gegen den Zahlenden gerichtete Forderung im Endergebnis nur subsidiär sei. Der entscheidende Punkt sei aber, daß auch das Statut der gegen den nicht in Anspruch genommenen Schuldner gerichteten Forderung eine Regreßordnung festlege. Wenn dieses Statut im Falle der Zahlung des anderen Schuldners keine Legalzession zu dessen Gunsten anordne, so komme damit zum Ausdruck, daß der Zahlende auch der Letzthaftende sein solle. Es würde eine erhebliche Verschlechterung der Stellung des nicht in Anspruch genommenen Schuldners bedeuten, wenn dieser länger verpflichtet bleibe, als es das

79 Wussow, NJW 1964, S. 2328, Keller, SJZ 1975, S. 312.

Recht, gemäß welchem er sich verpflichtet hat, anordnet⁸⁰.

- b) Eine andere Ansicht läßt die Legalzession nur eintreten, wenn sowohl das Zessionsgrundstatut als auch das Forderungsstatut sie anordnen⁸¹.

80 Dieses Argument wird v.a. in der schweizerischen Literatur vertreten: Guldener, S. 136; Vischer, IPR, S. 216, Vischer, S. 243; Karrer, S. 91, 107 ff.; Keller, SJZ 1975, S. 311 f.; Mayer Doris Maria, S. 14 ff., 24 ff.; deutsche Literatur: Labrenz, S. 93 ff.; Bernstein, S. 53 f.

81 Deutsche Literatur: Bernstein, S. 49 ff.; Raape, S. 507, 509 ff. Deutsche Rechtsprechung: OLG Karlsruhe vom 06.08.1964, IPRspr. 1966/67, Nr. 31 a; offengelassen, ob nur das Zessionsgrundstatut oder eine Kumulation von Zessionsgrund- und Forderungsstatut über den Eintritt der Legalzession entscheiden soll: BGH vom 26.04.1966, IPRspr. 1966/67; Nr. 31 b = VersR. 1966, S. 662 ff. = AWD 1966, S. 246 = NJW 1966, S. 1620; OLG Düsseldorf vom 23.11.1961, IPRspr. 1960/61, Nr. 36; OLG Stuttgart vom 14.01.1970, VersR. 1970, S. 526 ff.

Schweizerische Literatur: Vischer, IPR, S. 215 f.; Vischer, S. 242 ff.; Karrer, S. 107 ff.; Mayer Doris Maria, S. 12 ff., 24 ff., mit Ausnahme der Legalzession zugunsten des Sozialversicherungsträgers, die sie dem Zessionsgrundstatut unterstellt; Art. 140 des Entwurfs eines schweizerischen IPRG.

Neuere Rechtsprechung des schweizerischen BG: BG vom 26.11.1981, BGE 107 II, S. 489 ff. = IPRax 1983, S. 241, mit kritischer Anmerkung von Schnyder in IPRax 1983, S. 247 f.

Diese sogenannte Kumulation von Zessionsgrund- und Forderungsstatut wird allerdings in verschiedenen Variationen vertreten:

Raape⁸² z.B. verlangt für den Eintritt der Legalzession, daß diese vom Zessionsgrundstatut angeordnet und vom Forderungsstatut "vollzogen" werde. Einen solchen "Vollzug" nimmt Raape in sozialversicherungsrechtlichen Fällen dann an, wenn auch das Forderungsstatut in einem vergleichbaren Fall eine Legalzession zugunsten des eigenen Sozialversicherers anordnen würde. Offen bleibt allerdings, wann abgesehen von sozialversicherungsrechtlichen Fällen ein "Vollzug" der vom Zessionsgrundstatut angeordneten Legalzession anzunehmen ist. Falls die Anordnung der Legalzession vom Forderungsstatut nicht "vollzogen" werde, bleibe dem Dritten nur ein Anspruch gegen den Gläubiger auf Abtretung seiner Forderung gegen den Schuldner. Unbeantwortet läßt Raape die Frage, ob dieser Abtretungsanspruch auch dann gegeben sein soll, wenn das Forderungsstatut im Falle der Leistung eines Dritten den Untergang der gegen den Schuldner gerichteten Forderung anordnet⁸³.

82 Raape, S. 507 f.; ähnlich Vischer, IPR, S. 216, Vischer, S. 243; Laberenz, S. 74, bezeichnet diese Auffassung als "abgeschwächte Kumulation".

83 Vischer gewährt dem Dritten in diesem Fall keinen Anspruch auf Abtretung der Forderung, vgl. Vischer, S. 244.

Der BGH⁸⁴, das OLG Karlsruhe⁸⁵ (als Vorinstanz zur BGH-Entscheidung) und das OLG Stuttgart⁸⁶ gehen in den Urteilsgründen davon aus, daß dem Schutzzweck der Regeln des IPR jedenfalls dann genügt sei, wenn feststehe, daß das Zessionsgrundstatut dem Dritten nicht mehr gewährt, als es das Forderungsstatut, wenn auch auf anderer dogmatischer Grundlage, in einem vergleichbaren Fall tun würde. Daraus kann geschlossen werden, daß einer Legalzession jedenfalls auch dann stattzugeben ist, wenn dem Dritten vom Forderungsstatut stattdessen ein selbständiger Regreßanspruch eingeräumt wird.

Die Arbeiten von Karrer und Mayer haben nicht die Legalzession zum Thema, sondern den Regreß bei einer Mehrheit von Schuldner. Diese Thematik ist einerseits umfassender als das Thema "Legalzession", insofern als sie außer der Subrogation auch selbständige, nicht im Wege der Subrogation abgeleitete Regreßansprüche umfaßt, andererseits ist sie enger, insofern als sie die Fälle der gewöhnlichen Legalzession, wie z.B. die Legalzession nach Art. 401 OR im schweizerischen Auftragsrecht nicht behandelt⁸⁷.

84 BGH, a.a.O., (Fußnote 81), S. 102.

85 OLG Karlsruhe, a.a.O., (Fußnote 81), S. 99.

86 OLG Stuttgart, a.a.O., (Fußnote 81), S. 530.

87 Aus diesem Grund kann den Arbeiten von Karrer und Mayer auch nicht entnommen werden, wie diese den Eintritt der gewöhnlichen Legalzession behandeln würden. Der schweizerische Entwurf eines IPRG, der in Art. 140 den Eintritt des Regresses kumulativ anknüpft, unterstellt im Übrigen in Art. 142 den Eintritt einer Legalzession grundsätzlich dem Zessionsgrundstatut.

Karrer und Mayer beantworten die Frage, ob dem Dritten ein Regreßrecht gegen den Schuldner zustehe, kumulativ nach dem Zessionsgrund- und dem Forderungsstatut, die Frage, ob der Regreß durch selbständiges Regreßrecht oder durch im Wege der Subrogation abgeleitetes Regreßrecht durchgeführt werde, unterstellen sie dem Forderungsstatut⁸⁸.

Zur Begründung für die kumulative Anknüpfung des Eintritts der Legalzession werden dieselben Argumente angeführt, die auch für eine Anwendung des Forderungsstatuts auf den Eintritt der Legalzession geltend gemacht werden⁸⁹. Gegen die alleinige Anwendung des Forderungsstatuts wird aber eingewandt, daß damit die Gefahr bestehe, daß beispielsweise ein Versicherer auf einen Dritthaftpflichtigen Regreß nehmen könne, auch wenn nach dem Recht des Versicherungsvertrags selbst keine Regreßmöglichkeit bestünde (und umgekehrt). Diese Sachlage sei aber unbefriedigend; es sei unbillig, wenn der Versicherer gegen ausländische Haftpflichtige regressieren könne, obwohl er im gleichen Fall gegenüber einem inländischen Haftpflichtigen den Schaden selbst endgültig tragen müsse⁹⁰.

Zum Teil wird die kumulative Anwendung von Zessionsgrund- und Forderungsstatut auch damit begründet, daß für den Interessenausgleich zwischen Schuldner und Drittem die Regreßordnung des Forderungsstatuts mindestens ebensolchen Rang habe wie die Regreßordnung des Zessionsgrundstatuts⁹¹.

88 Karrer, S. 107 ff.; Mayer Doris Maria, S. 24 f., 71.

89 Vgl. oben, S. 114 ff.

90 Karrer, S. 109; Mayer Doris Maria, S. 24.

91 Bernstein, S. 54 .

Der BGH zieht die Anwendung der "abgeschwächten" Kumulation von Zessionsgrund- und Forderungsstatut der Anwendung des Forderungsstatuts vor, weil die Anwendung des Forderungsstatuts das berechnigte Ausgleichsinteresse des ausländischen Legalzessionars vernachlässigt⁹².

3) Eigene Stellungnahme zu den gegen die herrschende Meinung vorgebrachten Argumenten:

- a) Das Argument, die Legalzession bewirke eine Änderung des Inhalts der Verpflichtung des Schuldners, da zum Inhalt dieser Verpflichtung auch die Person des Gläubigers gehöre, und deshalb müsse auch das für diese Verpflichtung maßgebende Recht über die Abänderung der Verpflichtung entscheiden⁹³, vermag nicht zu überzeugen. Ein Blick in die Geschichte der Zession⁹⁴ zeigt, daß die Zulässigkeit der Abtretung und der Legalzession auf einer Vergegenständlichung des Schuldbegriffs und einer Loslösung von den Personen des Schuldverhältnisses beruht. Im Gegensatz zur Novation mit Gläubigerwechsel bleibt bei der Zession die Forderung dieselbe, obwohl ein Wechsel in der Person des Gläubigers eintritt. Da nach diesem vergegenständlichten Schuldbegriff die Personen des Schuldverhältnisses ohne Bedeutung für den Inhalt der Verpflichtung sind, kann man im Falle des Eintritts eines Gläubigerwechsels auch nicht von einer Änderung des Inhalts der Verpflichtung

92 BGH, a.a.O., (Fußnote 81), S. 101.

93 Vgl. oben, S. 114.

94 Vgl. oben, S. 12 ff.

sprechen. Wäre dies der Fall, so könnte man auch stets im materiellen Recht die Vereinbarung einer Forderungsabtretung und den Eintritt einer Legalzession nur im Falle der Zustimmung des Schuldners zulassen, da es sonst für Zedent und Zessionar möglich wäre, dem Schuldner eine von seinem Willen nicht gedeckte Verpflichtung aufzuzwingen und somit einen Vertrag zu Lasten eines Dritten zu schließen.

- b) Das Argument, es sei nicht gerechtfertigt, die Legalzession anders anzuknüpfen als die Forderungsabtretung, weil auch diese ebenso wie die Legalzession regelmäßig auf einem u.U. einer anderen Rechtsordnung unterliegenden Rechtsverhältnis zwischen Zedent und Zessionar beruhe⁹⁵, übersieht, daß die Interessenlage der beteiligten Personen bei der Forderungsabtretung eine völlig andere ist als bei der Legalzession. Da die Abtretung einer Forderung erst dann möglich ist, wenn die Forderung bereits entstanden oder zumindest (bei der Abtretung künftiger Forderungen) bereits hinreichend bestimmbar ist, können Zedent und Zessionar z.Z. der Abtretung bereits feststellen, welcher Rechtsordnung die Forderung unterliegt und sich darauf einstellen, indem sie die Abtretung gemäß dem Recht, dem die Forderung unterliegt, vornehmen. Ganz anders liegt der Fall bei der Legalzession. Diese beruht häufig auf einem Vertrag z.B. Versicherungsvertrag zwischen Zedent und Zessionar, der den Zessionar für einen bestimmten zukünftigen Fall zur Erbringung einer Leistung an den Zedenten verpflichtet. Als eine

95 Vgl. oben, S. 115.

Art Ausgleich für diese Leistung soll der Zessionar dafür automatisch Inhaber einer dem Gläubiger gegen einen Dritten zustehenden Forderung werden. Diese vom Zessionar einkalkulierte Legalzession dient der Erhaltung des Leistungsgleichgewichts zwischen Zedent und Zessionar. Während es bei der Forderungsabtretung in der Hand von Zedent und Zessionar liegt, das von ihnen angestrebte Ziel des Gläubigerwechsels auch dann zu erreichen, wenn sich der Eintritt des Gläubigerwechsels nach dem Forderungsstatut richtet, können Zedent und Zessionar das von ihnen angestrebte Ziel der Legalzession dann nicht erreichen, wenn der Eintritt der Legalzession dem Forderungsstatut unterliegt und dieses im konkreten Fall keine Legalzession vorsieht.

Dem läßt sich auch nicht entgegenhalten, daß Zedent und Zessionar den Übergang der Forderung dann im Wege der Abtretung nachholen könnten und daß der Zessionar in diesem Fall aus Treu und Glauben auch einen Anspruch gegen den Zedenten auf Abtretung der Forderung hätte⁹⁶, denn durch eine solche nachträgliche Abtretung würden die Interessen des Zessionars nur unzureichend gewahrt. Zum einen ist es möglich, daß der Zessionar diesen Anspruch gegen den Zedenten erst gerichtlich durchsetzen muß, bevor er gegen den Schuldner vorgehen kann. Zum anderen ist der Weg über die Abtretung auf jeden Fall umständlicher und deshalb auch kostspieliger als die Legalzession und bietet dem Zessionar jedenfalls

96 Vgl. oben, S. 114, Fußnote 75.

dann keinen Schutz, wenn der Zedent zuvor in Konkurs fällt. Darüberhinaus ist nicht ersichtlich, worin bei diesem Umweg über die Forderungsabtretung der Vorteil für den Schuldner liegen soll. Sowohl bei der Forderungsabtretung als auch bei der Legalzession wird der Schuldner umfassend vor einer Fehlleistung an einen Nichtberechtigten geschützt⁹⁷. Dem läßt sich auch nicht entgegenhalten, daß z.B. im französischen Recht nach Art. 1690 CCf für die Wirksamkeit der Forderungsabtretung gegenüber dem Schuldner eine förmliche Mitteilung der Abtretung an den Schuldner erforderlich ist, während dieses Erfordernis für die Legalzession nicht gilt, denn das Erfordernis der Signifikation schützt den Schuldner weder vor einer Fehlleistung an einen Nichtberechtigten noch davor, im Falle der Fehlleistung zusätzlich auch noch vom richtigen Gläubiger in Anspruch genommen zu werden. Nach dem sogenannten "système de la fraude" wird nämlich der Schuldner auch bei einer Abtretung nach französischem Recht unabhängig davon, ob ihm gegenüber bereits eine Signifikation stattgefunden hat oder nicht, i.d.R. dann nicht von seiner Verbindlichkeit befreit, wenn er an den Altgläubiger leistet, obwohl er weiß, daß dieser bereits mit dem Neugläubiger einen Abtretungsvertrag geschlossen hat⁹⁸. Umgekehrt wird der Schuldner unabhängig davon, ob ihm gegenüber eine Signifikation stattgefunden hat oder nicht, bei Leistung an den Neugläubiger dann nicht von seiner Verbindlichkeit befreit, wenn er weiß, daß die Forderung in Wirklichkeit

97 Vgl. oben, S.105 und S.50ff; anders aber wohl im griechischen Recht, vgl. oben, S.52, Fußnote 135, Pouliadis, IPRax 1983, S. 312 f.

98 Vgl. Schumann, S. 162 ff.

überhaupt nicht auf den Neugläubiger übertragen worden ist (Art. 1240 CCf.)⁹⁹. Maßgeblich für den Schutz des Schuldners ist deshalb nicht die Signifikation, sondern ebenso wie bei der Legalzession allein die Frage, ob der Schuldner gutgläubig an den seiner Ansicht nach Berechtigten geleistet hat. Damit unterscheidet sich der Schutz des Schuldners im Fall der Forderungsabtretung auch im französischen Recht nicht wesentlich von seinem Schutz im Fall der Legalzession.

- c) Auch die Behauptung, das Recht, das über Entstehung und Inhalt einer Forderung entscheide, müsse auch über deren weiteres Schicksal und somit auch über einen etwaigen Gläubigerwechsel bestimmen¹⁰⁰, ist wenig überzeugend. Bei der Bestimmung des auf Entstehung und Inhalt einer Verpflichtung anzuwendenden Rechts werden die bei einer späteren Übertragung der Forderung in Frage stehenden Interessen kaum beachtet. Es kann deshalb nicht von vornherein angenommen werden, daß die bei der Bestimmung der auf die Entstehung und den Inhalt der Forderung anzuwendenden Rechtsordnung vorgenommene Interessenabwägung auch den bei einem Gläubigerwechsel in Frage stehenden Interessen gerecht wird. Die Bestimmung der hierfür maßgebenden Rechtsordnung muß vielmehr aufgrund einer neuen Interessenabwägung vorgenommen werden, bei der nicht nur die Interessen von Schuldner und altem Gläubiger, sondern auch die Interessen des neuen Gläubigers der Forderung berücksichtigt werden.

99 Planiol/Ripert VII, Nr. 1122.

100 Vgl. oben, S. 115.

- d) Das Überzeugendste der gegen die herrschende Meinung vorgebrachten Argumente ist wohl jones, das eine Anknüpfung des Eintritts der Legalzession an das Zessionsgrundstatut aus Gründen des Schuldnerschutzes ablehnt¹⁰¹.

Zwar läßt sich die Behauptung, daß sich die Position des Schuldners schon dadurch verschlechtere, daß er gezwungen sei zu überprüfen, ob die Forderung nach einem ihm fremden Recht kraft Legalzession auf einen neuen Gläubiger übergegangen sei, noch mit dem Hinweis abwehren, daß insoweit der übliche Schutz des gutgläubig an einen Nichtberechtigten leistenden Schuldners ausreicht und daß bei der Prüfung des guten Glaubens des Schuldners von diesem nicht die Kenntnis eines fremden Rechts verlangt, sondern es in aller Regel ausreichen wird, wenn der Schuldner an denjenigen leistet, der ihm vom Zedenten als Gläubiger benannt wird.

Nicht zu widerlegen ist hingegen das Argument, daß sich bei dem Hauptfall der Legalzession, der sog. Subrogation¹⁰², verschiedene Regreßordnungen gegenüberstehen, die die Frage, welcher der verschiedenen Schuldner Letzthaftender sein solle, unter Umständen unterschiedlich beantworten. Ist dies der Fall, so gelangt man bei Anwendung des Zessionsgrundstatuts auf den Eintritt der Subrogation zu unterschiedlichen Ergebnissen, je nach dem, welcher der Schuldner vom Gläubiger in Anspruch genommen worden ist.

101 Vgl. oben, S. 116 f.

102 Zum Begriff der Subrogation, vgl. oben, S. 50 f.

Nimmt der Gläubiger den Schuldner A in Anspruch, so kommt die für die Verpflichtung des A maßgebende Regreßordnung zur Anwendung, nimmt der Gläubiger den Schuldner B in Anspruch, so kommt die für die Verpflichtung des B maßgebende Regreßordnung zur Anwendung. Zur Verdeutlichung soll ein Sachverhalt dienen, der mit geringfügigen Änderungen einem Fall nachgebildet ist, den das schweizerische Bundesgericht am 26.11.1981¹⁰³ entschieden hat:

Der Deutsche G wurde am 12.07.1972 bei einem Unglück auf der Luftseilbahn Betten-Bettmeralp in der Schweiz schwer verletzt. Die deutsche Barmer Ersatzkasse D, bei der G versichert war, kam für die Arzt-, Arznei- und Krankenhauskosten des G in Höhe von DM 100.000,-- auf. Es soll

103 BGE II 107, 489 ff., IPRax 1983, S. 241, Nr. 64 mit Anmerkung von Schnyder in IPRax 1983, S. 247 f.

Die Barmer Ersatzkasse ist nach Ansicht des schweizerischen Bundesgerichts nicht mit der schweizerischen öffentlichrechtlichen Unfallversicherungsanstalt gleichzustellen, sondern eher mit der schweizerischen Krankenkasse. Für diese galt bislang nicht die umfassende Subrogation des Art. 100 KUVG sondern die normale Regreßordnung des Art. 51 OR. Allerdings hat sich diese Rechtslage mittlerweile geändert durch das am 1. Januar 1984 erfolgte Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung vom 20.03.1981, durch das in Art. 41 den Trägern der sozialen Krankenversicherung das gleiche umfassende Regreßrecht zugestanden wird, wie es die obligatorische Unfallversicherung gemäß Art. 100 KUVG von Anfang an besessen hatte (Das UVG vom 20.03.1981 ist abgedruckt in AS 1982, S. 1676 ff.).

davon ausgegangen werden, daß weder den Betreiber S der Luftseilbahn, noch dessen Hilfskräfte ein Verschulden an dem Unglück traf, daß S dem G aber nach den Grundsätzen der Gefährdungshaftung zum Schadensersatz verpflichtet ist. Gemäß § 1542 RVO verlangt D von S Erstattung der an G geleisteten DM 100.000,--. Bei Anknüpfung des Eintritts der Subrogation an das Zessionsgrundstatut (hier deutsches Recht) ist der Anspruch des D begründet, da nach § 1542 RVO auf den Sozialversicherer alle Ersatzansprüche des Geschädigten gleich aus welchem Rechtsgrund übergehen. Danach müßte letztlich S den Schaden tragen. Demgegenüber sieht das schweizerische Recht, dem die Schadensersatzverpflichtung des S gegenüber A unterliegt, in Art. 51 OR¹⁰⁴ vor, daß i.d.R. die Haftung desjenigen, der aus Vertrag haftet, vorrangig ist vor der Haftung desjenigen, der ohne eigene Schuld und ohne vertragliche Verpflichtung nach Gesetzesvorschrift haftet. Danach müßte letztlich nicht S, sondern D den Schaden tragen. Das schweizerische Bundesgericht hat diesen Sachverhalt zum Anlaß genommen, die Subrogation der Ersatzkasse in Abkehr von der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts kumulativ anzuknüpfen und somit nur zuzulassen, wenn auch nach schweizerischem Recht letztlich S den Schaden tragen müßte. Das schweizerische Bundesgericht hat deshalb den Fall an das Kantonsgericht zurückverwiesen, damit dieses feststelle, ob S ein Verschulden treffe, da S nur in diesem Fall der D gegenüber regreßpflichtig sei.

104 Vgl. oben, S. 60.

Dieselbe Problematik wie im soeben geschilderten Fall tritt immer dann auf, wenn die Verpflichtungen mehrerer Schuldner im Außenverhältnis zum Gläubiger verschiedenen Rechtsordnungen unterliegen und diese verschiedenen Rechtsordnungen die interne Haftungsverteilung zwischen diesen Schuldnern in unterschiedlicher Weise vornehmen. Dieser Fall kann eintreten bei einer Übersicherung durch Mehrfachversicherung desselben Risikos, wenn z.B. ein Versicherungsstatut den Versicherer aus dem älteren Versicherungsvertrag letztlich alleine haften lassen will, ein anderes den Versicherer, an den sich der Versicherte hält, ein drittes anteilige Haftung, ein viertes gesamtschuldnerische Haftung mit internem Ausgleich proportional der jeweiligen vertragsmäßigen Entschädigung vorsieht¹⁰⁵. Derselbe Fall kann eintreten bei einem Zusammentreffen mehrerer ungleichartiger Sicherheiten, die nach verschiedenen Rechtsordnungen bestellt wurden, wenn einer der Sicherungsgeber den Gläubiger befriedigt¹⁰⁶. Geht z.B. nach der für die Verpflichtung des Bürgen maßgebenden Rechtsordnung im Falle seiner Inanspruchnahme zusammen mit der Hauptforderung auch ein für diese bestelltes Pfandrecht auf den Bürgen über, während nach dieser Rechtsordnung im Falle der Inanspruchnahme des Verpfänders die Forderung gegen den Bürgen erlöschen würde¹⁰⁷, und geht im Gegensatz dazu nach der für die Verpflichtung des Verpfänders maßgebenden Rechtsordnung im Falle seiner Inanspruchnahme zusammen

105 Vgl. oben, S. 70, 109.

106 Vgl. oben, S. 68 f., 112.

107 So z.B. im deutschen Recht, vgl. oben, S. 69, Fußnote 175.

mit der Hauptforderung die Forderung gegen den Bürgen (teilweise) auf den Verpfänder über, während die Forderung gegen den Verpfänder im Falle der Inanspruchnahme des Bürgen (teilweise) erlöschen würde¹⁰⁸, so gelangt man bei Anwendung des Zessionsgrundstatuts auf die Legalzession zu unterschiedlichen Lösungen, je nach dem, welcher der verschiedenen Sicherungsgeber vom Gläubiger in Anspruch genommen worden ist.

Den soeben beschriebenen Fällen wird eine Anknüpfung des Eintritts der Legalzession an das Zessionsgrundstatut nicht gerecht. Das Interesse des Regreßschuldners an der Anwendung der für seine Verpflichtung maßgebenden Rechtsordnung ist in diesen Fällen ebenso groß wie das Interesse des Regreßgläubigers an der Anwendung der für seine Verpflichtung maßgebenden Rechtsordnung, da die Stellung als Regreßschuldner oder als Regreßgläubiger allein davon abhängig ist, welchen der verschiedenen Schuldner der Gläubiger zufällig in Anspruch genommen hat.

Aus diesem Grund ist aber auch eine Anknüpfung des Eintritts der Legalzession an das Forderungsstatut nicht geeignet¹⁰⁹, die beschriebenen Fälle befriedigend zu lösen, da man dann mit umgekehrtem Vorzeichen vor demselben Problem steht, wie es oben beschrieben wurde. Nimmt

108 So im japanischen Recht, vgl. oben, S. 69.

109 So aber Keller in SJZ 1960, S. 66 und SJZ 1975, S. 311 ff.

der Gläubiger den Schuldner A in Anspruch, so kommt die für die Verpflichtung des B maßgebende Rechtsordnung zur Anwendung, nimmt hingegen der Gläubiger den Schuldner B in Anspruch, so kommt die für die Verpflichtung des A maßgebende Rechtsordnung zur Anwendung. Die Ansicht, die aus der Möglichkeit des Zusammentreffens unterschiedlicher Regreßordnungen den Schluß zieht, daß der Eintritt der Subrogation kumulativ an das Zessionsgrund- und an das Forderungsstatut angeknüpft werden müsse¹¹⁰, vermeidet zwar, daß dem in Anspruch genommenen Schuldner im Widerspruch zu dem für seine Verpflichtung maßgebenden Statut ein Rückgriffsanspruch gegen den anderen Schuldner gewährt wird¹¹¹. Diese Lösung bringt aber nur scheinbar beide Statute gleichberechtigt zur Anwendung; in Wahrheit werden jedoch beide Statute nur insoweit angewandt als sie Gleiches anordnen. Bei einer nur von einem der Statute angeordneten Subrogation würde diese Meinung hingegen nur dasjenige Statut anwenden, das diese Subrogation nicht anordnet. Ein sachlicher Grund dafür, daß der interne Ausgleich stets nur auf der niedrigsten gemeinsamen Stufe stattfinden soll, ist nicht ersichtlich, insbesondere führt diese Lösung auch nicht zu einem einheitlichen Ergebnis, das unabhängig davon ist, welchen der Schuldner der Gläubiger nun gerade in Anspruch genommen hat. Sind nämlich die für die Verpflichtungen der Schuldner maßgebenden Rechtsordnungen unterschiedlicher Meinung darüber, auf welchem Schuldner letztlich die Last verbleiben soll, so ist bei Anwendung der Kumulation stets derjenige Schuldner benachteiligt, der

110 So Karrer, S. 107 ff.; Mayer Doris Maria, S. 24 f; BGE II 107, 489 ff.

111 Diese Möglichkeit wäre bei einer Anknüpfung des Eintritts der Legalzession an das Forderungsstatut gegeben.

zufällig vom Gläubiger in Anspruch genommen wird, denn die nur von einer Regreßordnung angeordnete Subrogation wird stets an der anderen Regreßordnung scheitern.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die von der herrschenden Meinung befürwortete Anknüpfung des Eintritts der Legalzession an das Zessionsgrundstatut in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle die interessengerechteste und praktikabelste Lösung ist, nämlich stets dann, wenn es sich um eine gewöhnliche Legalzession¹¹² handelt, sowie in den Fällen der Subrogation, wenn - was zumeist der Fall ist - auch nach dem Forderungsstatut die Leistung des Dritten dem Schuldner letztlich nicht zugute kommen soll, wobei es unerheblich ist, auf welche Weise das Forderungsstatut dies zu erkennen gibt, sei es, daß es ebenfalls eine Subrogation zugunsten des Dritten anordnet, sei es, daß es dem Dritten stattdessen ein selbständiges Regreßrecht oder einen Anspruch auf Abtretung der Forderung einräumt, sei es, daß es der Ansicht ist, der Gläubiger könne seine Ansprüche gegen den Dritten und gegen den Schuldner kumulativ geltend machen¹¹³. Die Nichtanordnung einer Legalzession durch das Forderungsstatut ist in diesen Fällen nicht Ausdruck einer dahinterstehenden, vom Forderungsstatut aufgestellten Rangordnung zwischen Schuldner und Drittem. Der Schuldner wird deshalb in diesen Fällen durch die Anknüpfung des Eintritts der Legalzession an das Zessionsgrundstatut nicht benachteiligt, da auch nach der für seine Verpflichtung maßgebenden Rechtsordnung die Belastung letztlich ihn treffen soll. Anders

112 Zur Unterscheidung von der Subrogation vgl. oben, S. 50 f.

113 Wie z.B. bei der Summenversicherung, vgl. oben, S. 56

ist es lediglich in den Fällen, in denen einem Gläubiger mehrere Schuldner gegenüberstehen und in denen die für die Verpflichtungen dieser Schuldner maßgebenden Rechtsordnungen unterschiedlicher Ansicht darüber sind, auf welchem der Schuldner letztlich die Last verbleiben soll. In diesen Fällen ist die Nichtanordnung einer Legalzession durch eines der beteiligten Statute Ausdruck der von diesem Statut aufgestellten Rangordnung zwischen den Schuldnern. De lege ferenda ist zu fordern, daß in den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen auch für diese Fälle eine übereinstimmende Rangfolge im Verhältnis der Schuldner untereinander festgelegt wird. De lege lata sind diese Fälle meiner Ansicht nach allein mit den Mitteln des IPR nicht befriedigend zu lösen. Der Versuch, einen eigenen Vorschlag zur Lösung dieser Fälle zu erarbeiten, soll jedoch erst nach der Darstellung der in Art. 13 des IPR-VertragsÜ von Rom enthaltenen internationalen Kollisionsnorm zur Anknüpfung der Legalzession gemacht werden, da sich möglicherweise aus diesem Übereinkommen und den Quellen dazu neue Erkenntnisse auch zur Lösung der genannten Sonderfälle ergeben.

4) Zusammenfassung zur Anknüpfung des Eintritts der Legalzession:

Die h.M. knüpft den Eintritt der Legalzession an das Zessionsgrundstatut, d.h. an das den gesetzlichen Forderungsübergang auslösende Verhältnis zwischen Gläubiger und Drittem an, läßt jedoch von dieser grundsätzlichen Anknüpfungsregel in bestimmten Fällen Ausnahmen zu. Obwohl diese Ausnahmefälle von den Vertretern der h.M. keineswegs einheitlich definiert (und auch nicht einheitlich gelöst) werden, scheint es sich dabei um solche Fälle zu handeln, in denen einem Gläubiger mehrere Schuldner gegenüberstehen, von denen jeder nach der Rechtsordnung, der seine

Verpflichtung unterliegt, im Falle seiner Inanspruchnahme gegen den anderen Schuldner einen Regreßanspruch hätte.

Andere Autoren halten eine solche Kollision von Regreßordnungen grundsätzlich in jedem Fall der Subrogation für möglich und nehmen dieses Argument zusammen mit anderen Argumenten zum Anlaß, für alle Fälle der Subrogation eine von der h.M. abweichende Anknüpfung zu befürworten. Z.T. wird deshalb der Eintritt der Legalzession (bzw. nur der Subrogation) davon abhängig gemacht, daß sowohl Zessionsgrund-, als auch Forderungsstatut ihn anordnen, z.T. wird allein darauf abgestellt, ob das Forderungsstatut ihn anordnet.

Dritter Abschnitt

Das römische Obereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht

Einleitung

Am 19.06.1980 wurde das Obereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in Rom zur Unterzeichnung aufgelegt. Es wurde noch am gleichen Tag von den Bevollmächtigten Belgiens, der Bundesrepublik Deutschland, Frankreichs, Irlands, Italiens, Luxemburgs und der Niederlande, inzwischen auch von Dänemark und vom Vereinigten Königreich gezeichnet, bislang jedoch nur von Dänemark und Luxemburg ratifiziert. Völkerrechtliche Verbindlichkeit erlangt das Obereinkommen nach Hinterlegung der siebten Ratifikationsurkunde (Art. 29 IPR-Vertrags0).

In der BRD werden gegenwärtig die Vorbereitungen für die Ratifizierung des Obereinkommens getroffen. Am 20.05.1983 hat die deutsche Bundesregierung dem Präsidenten des Bundesrates einen Gesetzentwurf zugesandt, in dessen Art. 1 Abs. 1 die Zustimmung zu dem römischen Obereinkommen erklärt und damit die Voraussetzung für die Ratifikation des Obereinkommens geschaffen wird¹. Die Transformation der Regelungen des Obereinkommens in innerstaatliches Recht nimmt dieses Gesetz jedoch nach seinem Art. 1 Abs. 2 ausdrücklich nicht vor. Die in den Art. 1 bis 21 des Obereinkommens enthaltenen Vorschriften wurden vielmehr in den ebenfalls am 20.05.1983 dem Präsidenten des Bundesrates zugesandten

1 BR-Drucksache 224/83.

Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Neuordnung des internationalen Privatrechts² eingearbeitet. Mit diesem Gesetz soll das EGBGB in erheblichem Umfang geändert und ergänzt werden. Die Art. 1 bis 21 des Übereinkommens sollen nunmehr als Art. 27 bis 37 EGBGB und, soweit sie über das Schuldrecht hinausgreifende Bedeutung haben, in den ersten und zweiten Abschnitt (Art. 3 Abs. 1 S. 1, Art. 6 S. 1, Art. 11 Abs. 1 - 4) des EGBGB inhaltsgleich und von geringfügigen redaktionell bedingten Abweichungen abgesehen auch wortgleich übernommen werden^{3,4}. Dieser IPRG-Entwurf sowie der

2 BR Drucksache 222/83.

3 BR-Drucksache 222/83, S. 76.

4 Der Grund für diese neue Technik der Transformation des Übereinkommens liegt darin, daß die Zahl der zwei- und mehrseitigen völkerrechtlichen Vereinbarungen nach dem Zweiten Weltkrieg in einem Ausmaß zugenommen hat, das die Handhabung des Kollisionsrechts in der Praxis entgegen den ursprünglich mit den völkerrechtlichen Vereinbarungen verfolgten Zielen spürbar beeinträchtigt hat, vgl. hierzu Jayme, Staatsverträge, S. 9 ff. und Jayme, Festschrift für Beitzke, S. 545, 549. Da das Übereinkommen universelle Geltung beansprucht, wäre in dessen Anwendungsbereich kein Raum mehr für abweichende deutsche IPR-Regeln. In dem Bestreben, die Überschaubarkeit des IPR zu wahren und einer Rechtszersplitterung entgegenzuwirken, sieht der Gesetzentwurf deshalb die Übernahme des römischen Übereinkommens, sowie des ebenfalls mit weltweitem Anwendungsanspruch geltenden Haager Übereinkommens über das auf die Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom

Gesetzentwurf zum IPR-Vertrag⁰ sind am 20.10.1983 von der Bundesregierung zusammen mit der Stellungnahme des Bundesrates und der Gegenäußerung der Bundesregierung dazu⁵ dem Bundestag zugeleitet und von diesem nach erster Lesung an die zuständigen Ausschüsse überwiesen worden.

02.10.1973 in das deutsche IPR-Gesetz vor, vgl. BR - Drucksache 222/83, S. 25, 29, 76(= BT-Drucksache 10/504, S. 25, 29, 76). Diese neuartige Technik der Transformation eines internationalen Übereinkommens ist z.T. aber auch auf heftige Kritik gestoßen, v.a. deshalb, weil die damit verbundenen Abweichungen in der Wortwahl und im systematischen Standort der Bestimmungen neue Auslegungsprobleme schaffen kann, die Gerichte wegen des Gebots der international einheitlichen Auslegung (Art. 18 des Übereinkommens bzw. Art. 36 IPRG) notwendigerweise doch wieder auf den Text des Übereinkommens zurückkommen müssen und weil die "verfremdete" Textgestalt es der ausländischen Praxis erschwert, von dem deutschen Beitrag zur Fortbildung des Übereinkommens Kenntnis zu nehmen, vgl. v. Hoffmann, in IPRax 1984, S. 10 f.

- 5 BT-Drucksache 10/504 bzw. BT-Drucksache 10/503. Xußerst bedenklich erscheint der Vorschlag des Bundesrats, Art. 36 EGBGB, der dem Art. 18 des Übereinkommens entspricht und die international einheitliche Auslegung des Übereinkommens gewährleisten soll, zu streichen und den Art. 18 des Übereinkommens im Gegensatz zu allen anderen Vorschriften des Übereinkommens nicht in das IPR-Gesetz aufzunehmen, sondern als einzige Vorschrift des Übereinkommens zu unmittelbar anwendbarem Recht zu machen, vgl. BT-Drucksache 10/504, S. 100 ff. = BT-Drucksache 222/83 (Beschluß), S. 9 f. und BT-Druck-

Der Anstoß zu dem römischen Übereinkommen war von den Regierungen der Benelux-Länder ausgegangen, die am 08.09.1967 die Kommission der Europäischen Gemeinschaften aufgefordert hatten, auf der Grundlage des gemeinsamen IPR-Gesetzentwurfs der Benelux-Länder eine einheitliche Kodifizierung der Kollisionsnormen der Mitglieder der EG durchzuführen. Bei der Prüfung dieses Vorschlags war die Kommission zu dem Schluß gelangt, daß eine Harmonisierung zumindest des wirtschaftlich besonders bedeutsamen Bereichs der Kollisionsnormen über das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erleichtern würde. Eine einheitliche Kodifizierung sollte die Nachteile beseitigen, die sich aus der Verschiedenheit der Kollisionsnormen ergeben, insbesondere sollte sie der durch das damals bereits unterzeichnete "Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung von Ent-

sache 10/503, S. 83. Eine derartige Abtrennung der Auslegungsvorschrift von den übrigen für vertragliche Schuldverhältnisse geltenden Kollisionsregeln würde die Gefahr begründen, daß die Auslegungsvorschrift in vielen Fällen nicht beachtet würde. Dies aber widerspräche der Zielsetzung des Übereinkommens und den vertraglichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland nach einer Ratifikation des Übereinkommens. Die Bundesregierung hat in ihren Gegenäußerungen zu den Stellungnahmen des Bundesrates deshalb diesem Vorschlag des Bundesrates widersprochen, vgl. BT-Drucksache 10/504, S. 106 und BT-Drucksache 10/503, S. 84.

scheidungen in Zivil- und Handelssachen"⁶ verstärkten Gefahr des "forum shopping" entgegenwirken und die Rechtssicherheit und Vorausssehbarkeit hinsichtlich des anwendbaren Rechts erhöhen. Hinzu kam eine gewisse Eilbedürftigkeit angesichts der Reformen des nationalen IPR, mit denen in bestimmten Mitgliedsstaaten zu rechnen war, und des damit verbundenen Risikos, daß die bestehenden Unterschiede noch ausgeprägter würden.

Nachdem der von einer Sachverständigengruppe der Mitgliedsstaaten der EG im Juni 1972 fertiggestellte Vorentwurf eines Übereinkommens⁷ noch die Kollisions-

6 Dieses am 27.09.1968 unterzeichnete Übereinkommen regelt in einheitlicher Weise innerhalb der Gemeinschaft die internationale Zuständigkeit der Gerichte, sowie die Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen. Darüberhinaus erlaubt es den Parteien auch, auf vielen Rechtsgebieten Gerichtsstandsvereinbarungen zu treffen oder zwischen mehreren Gerichtsständen zu wählen.

7 Der Vorentwurf ist in deutscher Sprache veröffentlicht in RabelsZ 38 (1974), S. 211 ff. und bei Jayme/Hausmann, 1. Auflage, S. 41 ff. Schrifttum zum Vorentwurf: Lando, v. Hoffmann, Siehr, (ed.), "European private international law of obligations", Tübingen 1975, vgl. auch die dort auf S. 325 aufgeführte Literatur; Siehr, "Zum Vorentwurf eines EWG-Übereinkommens über das Internationale Schuldrecht", AWD 1973, S. 569 ff.; Foyer, "L'avant-projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles", in Clunet 1976, S. 555 ff.; Batiffol, "Projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles", in Revue trim. de dr. européens, 1975, S. 181 ff.; Vander Elst, "Projet de Convention sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles", in Revue trim. de dr. eur. 1975, S. 187 ff.; Collins,

normen für vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse enthalten hatte, faßte die Gruppe nach dem Beitritt des Vereinigten Königreichs, Dänemarks und Irlands zur Europäischen Gemeinschaft auf Wunsch des Vereinigten Königreichs den Beschluß, zunächst einmal den Teil über die vertraglichen Schuldverhältnisse fertigzustellen⁸.

Das nunmehr vorliegende Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht beansprucht nach seinem Art. 2 universelle Geltung, d.h. es ist nicht nur auf Staatsangehörige der Mitgliedsstaaten und auf innerhalb der Gemeinschaft wohnhafte oder ansässige Personen anzuwenden, sondern auch auf die Angehörigen von Drittstaaten und auf in Drittstaaten wohnhafte oder ansässige Personen.

"Contractual obligations - the E.E.C. preliminary draft convention on private international law", in Int. and comp. law quart., 1976, S. 35 ff.; König, "Vereinheitlichung des internationalen Schuldrechts in der Europäischen Gemeinschaft", in Europarecht 1975, S. 289 ff.

8 Zur Geschichte des Übereinkommens vgl. BR-Drucksache 224/83 bzw. BT-Drucksache 10/503, S. 21 ff. (Denkschrift) und 33 ff. (Bericht); Juenger, "Parteiautonomie und objektive Anknüpfung im EG-Übereinkommen zum Internationalen Vertragsrecht", in RabelsZ 46 (1982), S. 57 ff.; Gaudemet-Tallon, "Le nouveau droit int. pr. européen des contrats", in Revue trim. de dr. européen, 1981, S. 215 ff.

Die einheitlichen Vorschriften des Übereinkommens verdrängen in ihrem Anwendungsbereich in den Mitgliedsstaaten vorhandene Kollisionsnormen, nicht jedoch bereits vorhandene oder künftige speziellere Kollisionsnormen der EG (Art. 20 des Übereinkommens) und auch nicht bereits vorhandene oder künftige zwischenstaatliche Übereinkommen (Art. 21 des Übereinkommens)⁹.

Um der Tatsache gerecht zu werden, daß das IPR eine Materie ist, die sich in ständiger Entwicklung befindet und um zu gewährleisten, daß das IPR der Schuldverträge offen bleibt für neue kollisionsrechtliche Tendenzen, sehen die Art. 23, 24 und 26 verschiedene Möglichkeiten einer nationalen oder internationalen

9 Art. 20 und 21 des Übereinkommens sollen einerseits verhindern, daß ein Mitgliedsstaat durch die Ratifikation des Übereinkommens gezwungen wird, zwischenstaatliche Verpflichtungen zu verletzen, und andererseits, daß das infolge des Übereinkommens in der EG geltende allgemeine Kollisionsrecht der Vertragsverhältnisse einer evtl. wünschenswerten abweichenden Regelung spezieller Teilbereiche des Vertragsrechts entgegensteht, vgl. BR-Drucksache 224/83, S. 71 (Bericht) = BT-Drucksache 10/503, S. 71.

Abänderung des Übereinkommens vor¹⁰.

10 Nach Art. 23 kann ein Vertragstaat eine neue, vom Übereinkommen abweichende Kollisionsnorm für eine bestimmte Gruppe von Verträgen einführen, die in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fallen, muß jedoch zuvor über den Generalsekretär der EG die anderen Unterzeichnerstaaten hiervon unterrichten. Jeder Unterzeichnerstaat hat dann die Möglichkeit innerhalb von sechs Monaten Konsultationen zu beantragen. Werden innerhalb dieser Frist keine Konsultationen beantragt, oder führen die Konsultationen innerhalb von zwei Jahren nach der Mitteilung zu keinem Einvernehmen, so kann der betreffende Vertragsstaat sein Recht ändern. Dieselbe Regelung gilt grundsätzlich nach Art. 24, wenn ein Vertragsstaat einem mehrseitigen Übereinkommen beitreten will, dessen Hauptziel oder eines seiner Hauptziele eine internationalprivatrechtliche Regelung auf dem Gebiet des Übereinkommens ist; die Frist zur Herbeiführung eines Einvernehmens beträgt in diesem Fall allerdings nur ein Jahr.

Nach Art. 26 des Übereinkommens kann jeder Vertragsstaat die Revision des Übereinkommens beantragen.

Erstes Kapitel

Die Anknüpfung der Forderungs- abtretung gemäß Art. 12 des Übereinkommens

Die Anknüpfung der Forderungsabtretung ist in Art. 12 des Übereinkommens geregelt¹¹.

Bei der Darstellung der in Deutschland, Frankreich und England herrschenden Meinungen wurde festgestellt, daß in diesen Ländern einheitlich das Verpflichtungsgeschäft zwischen Zedent und Zessionar nach Vertragsgrundsätzen angeknüpft wird, und daß sich die Abtretbarkeit der Forderung und das Verhältnis zwischen Zessionar und Schuldner nach erfolgter Abtretung nach dem Statut der Forderung richtet¹².

I) Diese gemeinsame Auffassung hat dazu geführt, daß sich nach Art. 12 Abs. 1 des Übereinkommens die Verpflichtungen zwischen Zedent und Zessionar nach dem Statut richten, das nach dem Übereinkommen auf den zwischen ihnen geschlossenen Vertrag anzuwenden ist, und daß nach Art. 12 Abs. 2 das Recht, dem die übertragene Forderung unterliegt, deren Übertragbarkeit, das Verhältnis zwischen Zessionar und Schuldner, die Voraussetzungen unter denen die Übertragung dem Schuldner entgegengehalten werden kann und die befreiende Wirkung einer Leistung durch den Schuldner bestimmt.

11 Der deutsche, englische und französische Text des Art. 12 ist im Anhang abgedruckt. Dem Art. 12 des Übereinkommens entspricht der Art. 33 Abs. 1 und 2 des IPRG-Entwurfs.

12 Vgl. dazu oben, S. 101 f.

II) Aus dieser Formulierung des Art. 12 Abs. 2 geht auch hervor, daß sich die in Deutschland und England herrschende Meinung, die die Frage, ob zur Wirksamkeit der Abtretung gegenüber dem Schuldner und gegenüber Dritten eine förmliche Mitteilung an den Schuldner nötig ist, dem Statut der Forderung unterstellt hat¹³, gegenüber der in Frankreich herrschenden Meinung, die diese Frage dem Statut des Schuldnerwohnsitzes unterstellt hat¹⁴, durchgesetzt hat, denn das Erfordernis der Signifikation gehört zu den Voraussetzungen, unter denen die Übertragung dem Schuldner entgegengehalten werden kann und ist somit gemäß Art. 12 Abs. 2 des Übereinkommens nach dem Statut der Forderung zu beurteilen¹⁵. Der französischen Delegation dürfte es nicht allzu schwer gefallen sein, sich insoweit der in Deutschland und England herrschenden Meinung anzupassen, da der französischen Delegation die Professoren Batiffol und Lagarde angehört haben,

13 Vgl. dazu oben, S. 79, 101.

14 Vgl. dazu oben, S. 95 f., 101.

15 So ausdrücklich zum insoweit gleichlautenden Art. 16 Abs. 2 des Vorentwurfs: Siehr, AWD 1973, S. 583; Vander Elst, *Revue trim. de dr. eur.* 1975, S. 193, der deutlich die Abweichung von der bisherigen französischen Rechtsprechung hervorhebt; Giuliano, *Rapport*, S. 298; unschlüssig Foyer, *Journal du dr. int. pr.* 1976, S. 639.

die beide im Gegensatz zu der in Frankreich herrschenden Meinung schon immer das Erfordernis der Signifikation dem Statut der Forderung unterstellt haben¹⁶.

III) Der Vergleich zwischen dem autonomen IPR der Forderungsabtretung in Deutschland, Frankreich und England hat des weiteren ergeben, daß die herrschende Meinung das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Verfügungsvertrags, sowie die Frage, ob die Abtretung kausal oder abstrakt gestaltet ist, dem Statut der Forderung unterstellt hat. Nach französischem und englischem IPR hingegen unterliegen die Abtretungsvereinbarung und die Frage, ob diese abstrakt oder kausal gestaltet ist, denselben IPR-Regeln, die für Schuldverträge gelten¹⁷.

1) Welcher Meinung der Art. 12 des Übereinkommens den Vorzug gibt, ist nicht auf den ersten Blick erkennbar. Art. 18 des Übereinkommens¹⁸ postuliert, daß bei der Auslegung und Anwendung der Vorschriften des Übereinkommens ihrem internationalen Charakter und dem Wunsch Rechnung zu tragen ist, eine einheitliche Auslegung und Anwendung dieser Vorschriften zu erreichen. Die Vorschriften des Übereinkommens können somit

16 Vgl. dazu oben, S. 96, Fußnote 40.

17 Vgl. dazu oben, S. 101.

18 Art. 18 des Übereinkommens entspricht Art. 36 des IPRG-Entwurfs. Zur Transformation des Art. 18 des Übereinkommens in geltendes deutsches Recht, vgl. oben S. 137, Fußnote 5.

bei ihrer gerichtlichen Auslegung nicht mit rein innerstaatlichen Rechtsvorschriften gleichgesetzt werden. Insbesondere sind bei Zweifelsfragen außer dem Übereinkommenstext auch die Quellen zu dem Übereinkommen (v.a. der Bericht), sowie die Auslegung, die das Übereinkommen durch die Rechtsprechung und Literatur anderer Mitgliedsstaaten erfahren hat, heranzuziehen.

a) Der Wortlaut des Übereinkommens:

Art. 12 Abs. 2 unterstellt die Voraussetzungen, unter denen die Übertragung dem Schuldner entgegengehalten werden kann, dem Statut der Forderung. Zu den Voraussetzungen, unter denen die Übertragung dem Schuldner entgegengehalten werden kann, gehört nach deutscher Auffassung stets auch der Abschluß eines wirksamen Verfügungsvertrags zwischen Zedent und Zessionar¹⁹. Demnach könnte man die Auffassung vertreten, Art. 12 Abs. 2 des Übereinkommens unterstelle Abschluß und Wirksamkeit des Verfügungsvertrags dem Statut der Forderung. Art. 12 Abs. 1 steht einer solchen Auslegung seinem Wortlaut nach nicht entgegen, denn Art. 12 Abs. 1 unterstellt nur die Verpflichtungen zwischen Zedent und Zessionar dem Statut des zwischen ihnen geschlossenen Vertrags, nicht jedoch den Abschluß und die Wirksamkeit des Verfügungsvertrags.

¹⁹ Vgl. dazu oben, S. 29, 81.

Mit dieser Auslegung würde Art. 12 des Übereinkommens der bisher herrschenden Meinung zur Anknüpfung der Abtretungsvereinbarung im deutschen (und schweizerischen) IPR entsprechen. Mit der herrschenden Meinung in den anderen Mitgliedsstaaten zur Anknüpfung der Abtretungsvereinbarung stimmt ein so verstandener Art. 12 des Übereinkommens allerdings nicht überein. Nach der in Frankreich herrschenden Meinung sind die Beziehungen (les rapports) zwischen Zedent und Zessionar dem Statut des zwischen ihnen geschlossenen Vertrags zu unterstellen²⁰. Bei der Anwendung dieser Regel unterscheidet die französische herrschende Meinung nicht zwischen einem Verpflichtungs- und einem Verfügungsvertrag. Der Vertrag, der den Forcierungsübergang herbeiführt, wird vielmehr als einheitlicher Lebensvorgang angesehen und eine Aufspaltung in zwei verschiedene Rechtsgeschäfte wird als gekünstelt abgelehnt. Geht man demgegenüber davon aus, daß nach deutscher Auffassung eine Trennung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft deshalb unerläßlich ist, weil nach deutscher Dogmatik ein Verpflichtungsgeschäft stets

20 Vgl. statt aller: Cour d'appel de Paris vom 11.02.1969, Dalloz, 1970, S. 522: "Les rapports entre les parties qui ont conclu la cession d'une créance sur un tiers sont soumis à la loi qui régit cette convention particulière".

nur schuldrechtliche, aber keine dinglichen Wirkungen haben kann, und die dinglichen Wirkungen nur durch den Abschluß eines Verfügungsvertrags herbeigeführt werden können, dann kann man die vom französischen IPR vorgenommene Anknüpfung der Forderungsabtretung nur so verstehen, daß sowohl der Verpflichtungs- als auch der Verfügungsvertrag primär dem von Zedent und Zessionar gewählten Recht, sekundär dem objektiven Schwerpunkt des Vertrags unterliegen sollen²¹.

Art. 12 Abs. 1 unterstellt nun seinem Wortlaut nach im Gegensatz zu der vom französischen IPR gewählten Formulierung nicht die "Beziehungen" (les rapports), sondern nur die "Verpflichtungen" (les obligations) zwischen Zedent und Zessionar dem Statut des zwischen ihnen geschlossenen Vertrags. Vom Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 des Übereinkommens wird deshalb anscheinend ein zwischen Zedent und Zessionar geschlossener Verfügungsvertrag nicht erfaßt. Es ist aber zu bedenken, daß - wie oben erwähnt²² - die französische Dogmatik die Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorgangs in ein Verpflichtungs- und ein Verfügungsgeschäft ablehnt und daß für die französische Auffassung - der Gestaltung der Abtretung im französischen materiellen Recht folgend - das Verpflichtungsgeschäft zwischen Zedent und Zessionar im Vordergrund steht, denn nach

21 Vgl. oben, S. 94 f.

22 Vgl. oben, S. 31, 92, 94 f.

der französischen Auffassung wird zumindest bei einer Abtretung nach französischem Recht der Forderungsübergang allein durch den Abschluß des Verpflichtungsvertrags herbeigeführt. Es ist deshalb zu erwägen, ob Art. 12 Abs. 1 weit auszulegen und so zu verstehen ist, daß er nicht nur das Verpflichtungs-, sondern auch das Verfügungsgeschäft umfaßt.

b) Erläuterungen zu Art. 12 im Bericht zu dem Übereinkommen:

Rückschlüsse darauf, welche Intentionen die Mitglieder der Sachverständigengruppe bei der Formulierung des Art. 12 des Übereinkommens hatten, läßt in erster Linie der von den der Sachverständigengruppe angehörigen Professoren Giuliano und Lagarde verfaßte Bericht zu dem Übereinkommen zu. Dort heißt es: "Die Beziehungen zwischen Zedent und Zessionar unterliegen nach dieser Vorschrift eindeutig dem auf die Abtretungsvereinbarung anzuwendenden Recht"²³. Die Tatsache, daß Giuliano nicht wie Art. 12 Abs. 1 die Begriffe "Verpflichtungen zwischen Zedent und Zessionar" und "Vertrag", sondern wie das französische IPR die Begriffe "Beziehungen zwischen Zedent und Zessionar" und "Abtretungsvereinbarung" verwendet, deutet darauf hin, daß die Sachverständigengruppe über den Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 des Übereinkommens hinaus nicht nur das Verpflichtungsgeschäft, sondern auch das Verfügungsgeschäft zwischen Zedent und Zessionar

23 BR-Drucksache 224/83, S. 66 = BT Drucksache 10/503, S. 66.

dem nach dem Übereinkommen auf Schuldverträge anzuwendenden Recht unterstellen wollte.

Allerdings weist Giuliano in seinem Bericht auch darauf hin, daß die ursprünglich von der Mehrheit der Delegationen gewählte Formulierung, daß "bei Übertragung einer Forderung durch Vereinbarung die Beziehungen zwischen Zedent und Zessionar durch das auf diese Vereinbarung anzuwendende Recht geregelt werden", später wegen der Auslegungsschwierigkeiten, die diese Formulierung im deutschen Recht hätte hervorrufen können, wieder aufgegeben worden sei, da im deutschen Recht der Ausdruck "Übertragung" einer Forderung durch Vereinbarung die Wirkungen der Forderungsabtretung gegenüber dem Schuldner mitumfasse; dies werde durch Art. 12 Abs. 2 dagegen ausdrücklich ausgeschlossen²⁴. Aus diesen Ausführungen Giulianos im Bericht zu dem Übereinkommen könnte man schließen, daß der deutschen Delegation möglicherweise daran gelegen war, nur das Verpflichtungsgeschäft, das ja nach deutscher Auffassung nur Wirkungen zwischen Zedent und Zessionar entfaltet, dem Art. 12 Abs. 1 zu unterstellen und das Verfügungsgeschäft an das nach Art. 12 Abs. 2 maßgebliche Forderungsstatut anzuknüpfen.

c) Stellungnahme in der Literatur zu Art. 12 des Übereinkommens:

24 BR-Drucksache 224/83, S. 66 f. = BT-Drucksache 10/503, S. 66 f.

Den Stellungnahmen in der Literatur zu Art. 12 des Übereinkommens bzw. zu dem inhaltsgleichen Art. 16 des Vorentwurfs läßt sich entnehmen, daß nicht nur das Verpflichtungsgeschäft, sondern auch die Abtretungsvereinbarung selbst (assignment, contrat de cession) unter Art. 12 Abs. 1 des Übereinkommens (bzw. unter Art. 16 Abs. 1 des Vorentwurfs) zu subsumieren sein soll²⁵.

-
- 25 Firsching, IPRax 1981, S. 37 ff. (42): "Art. 12 Abs. 1 Vertrags0 unterstellt die Beziehungen zwischen Zedent und Zessionar dem auf die Abtretungsvereinbarung anzuwendenden Recht"; Siehr, AWD 1973, S. 582: "Das Grundgeschäft zwischen dem Zedenten und dem Zessionar richtet sich selbstverständlich nach dem gemäß den Art. 2 bis 8 anzuwendenden Recht (Art. 16 Abs. 1), also primär nach dem von diesen Parteien gewählten Recht ..., hilfsweise nach dem Recht der charakteristischen Leistung Denselben Rechtsordnungen sollen nach Art. 16 Abs. 1 auch die - wir müßten sagen - dinglichen Wirkungen der Zession zwischen Zedent und Zessionar unterliegen"; Foyer, Clunet 1976, S. 638: "La cession de créance est une convention autonome, qui peut donc être soumise à une loi propre"; Lando, RabelsZ 38 (1974), S. 47: "Art. 16 I expresses the idea, that the assignment as such is governed by its own proper law and that this law may be determined according to the general principles governing contracts in the conflict of laws"; Collins, Int. and comp. law quarterly, S. 56: "The solution adopted in Art. 16 is broadly in accordance with the views now prevailing in England"; Gaudemet-Tallon; Revue trim. de dr. eur. 1981, S. 275: "Le contrat de cession de créance est traité par le § 1 de l'article 12 comme un

2) Zusammenfassung:

Der Wortlaut des Übereinkommens, die Quellen zu dem Übereinkommen sowie die bisher vorliegenden Stellungnahmen der Literatur zu Art. 12 des Übereinkommens lassen keinen eindeutigen Schluß zu, ob das zwischen Zedent und Zessionar geschlossene Verfügungsgeschäft dem Statut der zu übertragenden Forderung oder dem Statut des nach dem Übereinkommen auf Schuldverträge anzuwendenden Rechts unterstehen soll. Vieles spricht dafür, daß die Sachverständigen die zuletzt genannte Lösung wählen wollten. Andererseits sind jedoch auch Anhaltspunkte dafür vorhanden, daß die deutsche Delegation auf die Formulierung des Art. 12 des Übereinkommens in der Weise Einfluß genommen hat, daß Art. 12 des Übereinkommens sich mit der bisher in Deutschland herrschenden Meinung in Einklang bringen läßt.

3) Eigene Stellungnahme:

Diese Unsicherheit könnte dazu führen, daß Art. 12 des Übereinkommens von den deutschen Gerichten in anderer Weise interpretiert wird als von den Gerichten anderer Mitgliedsstaaten. Da aber eine unterschiedliche Interpretation des Art. 12 des Übereinkommens den Zielen des Übereinkommens zuwiderlaufen würde, soll im folgenden geprüft werden, ob eine Auslegung des Art. 12 des Übereinkommens in

contrat ordinaire et donc soumis à la loi applicable en vertu de la convention de 1980 Et, à l'inverse, il n'y a aucune raison d'obliger le cédant et le cessionnaire à soumettre leur contrat de cession à la loi du contrat originaire".

der Weise, daß auch das zwischen Zedent und Zessionar geschlossene Verfügungsgeschäft unter Art. 12 Abs. 1 subsumiert und in Abweichung von der bisher in Deutschland herrschenden Meinung nach Vertragsgrundsätzen angeknüpft wird, unverzichtbaren Rechtsgrundsätzen des deutschen IPR widerspricht, oder ob eine solche Auslegung im Interesse einer international einheitlichen Anwendung des Übereinkommens auch vom Standpunkt des deutschen IPR aus akzeptiert werden könnte.

- a) Zu diesem Zweck sollen zunächst noch einmal die Prinzipien herausgestellt werden, mit denen die in Deutschland herrschende Meinung begründet wird:

Drei Grundsätze sind es, die die in Deutschland herrschende Meinung dazu veranlassen, das zwischen Zedent und Zessionar geschlossene Verfügungsgeschäft dem Statut der Forderung zu unterstellen: das Abstraktionsprinzip, der Grundsatz des Schuldnerschutzes und der Grundsatz der Einheit der Rechtsanwendung²⁶.

- aa) Das Abstraktionsprinzip besagt, daß bei der Abtretung zu unterscheiden ist zwischen dem Verpflichtungs- und dem Verfügungsgeschäft. Das Verpflichtungsgeschäft hat keinerlei Einfluß auf die Forderung und keinerlei Wirkungen gegenüber dem Schuldner, sondern es begründet nur schuldrechtliche Wirkungen zwischen Zedent und Zessionar. Dagegen ist es das Verfügungsgeschäft, das den Rechtsübergang herbeiführt und somit nicht nur relative Wirkung zwischen Zedent und Zessionar, sondern absolute Wirkung auch im Verhältnis zum Schuldner und zu Dritten entfaltet. Weil weder der Schuldner noch Dritte von dem

contrat ordinaire et donc soumis à la loi applicable en vertu de la convention de 1980 Et, à l'inverse, il n'y a aucune raison d'obliger le cédant et le cessionnaire à soumettre leur contrat de cession à la loi du contrat originaire".

26 Vgl. oben, S. 84 ff.

schuldrechtlichen Vertrag zwischen Zedent und Zessionar berührt werden, erscheint es ohne weiteres gerechtfertigt, diesen Vertrag genauso anzuknüpfen wie jeden anderen schuldrechtlichen Vertrag und die Auswahl des auf ihn anzuwendenden Rechts primär der Parteiautonomie von Zedent und Zessionar zu überlassen. Der Verfügungsvertrag zwischen Zedent und Zessionar hingegen muß nicht derselben Rechtsordnung unterliegen wie der Verpflichtungsvertrag. Zwar wird er häufig zeitlich mit dem Schuldvertrag zusammenfallen, rechtlich aber handelt es sich um ein völlig selbständiges Rechtsgeschäft, das internationalprivatrechtlich deshalb einer anderen Rechtsordnung unterliegen kann als der Schuldvertrag, weil durch den Abschluß des Verfügungsvertrags nicht nur die Position und die Interessen von Zedent und Zessionar, sondern auch die Position und die Interessen des Schuldners und von Dritten berührt werden.

- bb) Der Grundsatz des Schuldnerschutzes veranlaßt die deutsche h.M. dazu, alle Fragen, die die eigentliche Forderungsabtretung betreffen, nach dem Statut der Forderung zu beurteilen. Zur Begründung hierfür wird gesagt, es sei schon eine Verschlechterung der Position des Schuldners, wenn ihm im Widerspruch zu dem Recht, gemäß welchem er verpflichtet sei, ein neuer Gläubiger aufgezwungen werde. Deshalb sei es notwendig, daß jede Vorschrift, die das Forderungsstatut im Zusammenhang mit der Forderungsabtretung aufstellt, auch im Falle einer internationalen Zession beachtet werde²⁷.

27 Vgl. dazu oben, S. 85.

- cc) Der Grundsatz der Einheit der Rechtsanwendung besagt, daß eine Forderung als einheitliches Gebilde nach allen Seiten hin nur einem einzigen Recht unterstehen kann. Deshalb wird es für folgerichtig gehalten, daß nicht nur Entstehung und Wirkungen einer Forderung, sondern auch deren weiteres Schicksal ein und demselben Recht unterstellt werden²⁸.
- b) Im folgenden soll untersucht werden, ob die genannten Grundsätze es zwingend erfordern, auch das Verfügungsgeschäft zwischen Zedent und Zessionar dem Forderungsstatut zu unterstellen:
- aa) Das Abstraktionsprinzip besagt nur, daß der Verfügungsvertrag einem anderen Recht unterliegen kann als der Verpflichtungsvertrag. Es sagt jedoch nichts darüber aus, nach welchen Grundsätzen die Anknüpfung des Verfügungsvertrags vorzunehmen ist und es steht einer Regelung, die den Verfügungsvertrag nach schuldvertragsrechtlichen Grundsätzen anknüpft, nicht entgegen.
- bb) Der Grundsatz des Schuldnerschutzes erfordert meines Erachtens nur, daß bei der Forderungsabtretung diejenigen Rechtsvorschriften des Forderungsstatuts beachtet werden, die wirklich im Interesse des Schuldners aufgestellt sind. Dazu zählt beispielsweise der Satz, daß der Schuldner auch nach der Zession durch gutgläubige Leistung an den Zedenten befreit wird, oder daß er dem neuen Gläubiger gegenüber dieselben Einreden geltend machen kann, die ihm dem alten Gläubiger gegenüber zustanden haben. Die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über das Zustandekommen und die Gültigkeitserfordernisse von Verträgen hingegen sind im Interesse der vertragsschließen-

28 Vgl. dazu oben, S. 84.

den Parteien aufgestellt, man denke nur an die Bestimmungen über Angebot und Annahme oder über die Anfechtbarkeit von Willenserklärungen wegen Willensmängeln. Dies ist bei Verfügungsverträgen nicht anders als bei Verpflichtungsverträgen. Die Probleme, die sich in dieser Hinsicht bei Verfügungsverträgen ergeben, sind nicht anders geartet als diejenigen, welche bei den Schuldverträgen bestehen. Bei der internationalprivatrechtlichen Beurteilung dieser Fragen dürfen deshalb die Interessen des Schuldners nicht an erste Stelle gesetzt werden. Als Beispiel soll ein von Guldener angeführter Fall²⁹ dienen, in dem ein Schweizer in der Schweiz einem anderen Schweizer in der Schweiz die Zession einer dem englischen Recht unterstehenden Forderung ohne Bestimmung einer Annahmefrist anbietet. Laut Guldener könnte nach englischem Recht der Offerent die Offerte jederzeit widerrufen, solange der Gegner die Annahme noch nicht erklärt hat, während in der Schweiz Offerten unter Abwesenden ohne Bestimmung einer Annahmefrist die Bedeutung haben, daß der Adressat bis zu dem Zeitpunkt die Annahme soll erklären können, in dem der Offerent den Eingang der Antwort bei ihrer ordnungsgemäßen und rechtzeitigen Abgabe erwarten darf. Unter den im Fall beschriebenen Umständen entspricht es nun offenbar dem Parteiwillen von Zedent und Zessionar, daß der letztgenannte Grundsatz auch dann zur

29 Guldener, S. 42 f.

Anwendung kommt, wenn die Zession einer dem englischen Recht unterstehenden Forderung angeboten wird. Da die Vorschriften über Angebot und Annahme auch dann, wenn es sich um Angebot und Annahme einer Forderungsabtretung handelt, allein im Interesse von Offerent und Adressat und in keiner Weise im Interesse des Forderungsschuldners aufgestellt sind, muß auch bei der internationalprivatrechtlichen Anknüpfung dieser Fragen das Interesse von Offerent und Adressat im Vordergrund stehen, sodaß eine Anknüpfung dieser Fragen an den Parteiwillen von Zedent und Zessionar, subsidiär an den objektiven Schwerpunkt des zwischen ihnen geschlossenen Vertrags, gerechtfertigt ist. Dasselbe gilt, wenn der animus cedendi in Frage steht, oder wenn es um die Frage der Anfechtbarkeit der Willenserklärung und die Folgen der Anfechtung geht oder um die Frage, ob die Wirksamkeit des Abtretungsvertrags von der Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts abhängig ist³⁰.

30 Vgl. auch Guldener, der diese Fragen ebenfalls dem Vertragsstatut unterstellt, allerdings die Frage der abstrakten oder kausalen Gestaltung an das Forderungsstatut anknüpft, weil eine Forderungsabtretung niemals im Widerspruch zu Fundamentalsätzen des Rechts der Forderung erfolgen dürfe, Guldener, S. 41 ff., 60 ff.; vgl. hierzu auch die Ausführungen auf S. 80, Fußnote 14.

Die von den nationalen Rechtsordnungen zur Regelung dieser Fragen aufgestellten Vorschriften bezwecken in erster Linie eine Wahrung der berechtigten Interessen der vertrags-schließenden Parteien, wohl aber nicht speziell den Schutz des Schuldners einer abzutretenden Forderung. Dies gilt auch für die Frage, ob die Wirksamkeit des Abtretungsvertrags von der Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts abhängig ist. Es kann dabei offenbleiben, ob es für den Schuldner von Vorteil ist, wenn die Abtretung abstrakt gestaltet ist, weil er dann einer klareren Rechtslage gegenübersteht und nicht auch noch die Gültigkeit des Rechtsgrunds der Abtretung zu prüfen hat³¹. Das Abstraktionsprinzip dient nicht dem Zweck, den Schuldner einer abzutretenden Forderung vor einer eventuellen Fehlleistung zu schützen; hierzu dienen die in allen Rechtsordnungen vorhandenen Vorschriften, die den gutgläubigen Schuldner auch im Falle einer Leistung an einen Nichtberechtigten von seiner Leistungspflicht befreien oder dem Schuldner das Recht auf Hinterlegung gewähren. Das Abstraktionsprinzip hingegen dient allgemein dem Schutz des Verkehrs, insbesondere dem Schutz des Erwerbers einer Sache oder eines Rechts, der sich nicht darum soll zu kümmern brauchen, ob sein Veräußerer das Eigentum oder das Recht aufgrund eines gültigen Kausalgeschäfts erworben hat oder nicht³².

31 So Guldener, S. 61.

32 Vgl. Larenz, AT, § 18 II d (S. 316 f.), § 22 III c (S. 439).

cc) Auch das Argument, daß das Recht, das über die Entstehung und die Wirkungen der Forderung entscheide, auch über das weitere Schicksal der Forderung entscheiden müsse, weil eine Forderung als einheitliches Gebilde nach allen Seiten hin nur einem Recht unterstehen könne, vermag eine Anknüpfung des Verfügungsvertrags an das Forderungsstatut nicht zu rechtfertigen. Zum einen ist dieser von Guldener so bezeichnete Grundsatz der Einheit der Rechtsanwendung³³ nicht allgemein anerkannt und er wird auch in der Praxis des deutschen IPR nicht durchgeführt. Z.B. ist es allgemein anerkannt, daß entgegen diesem Grundsatz Fragen, die die Form der Abtretung, die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Zessionsparteien, die Stellvertretung und die Verfügungsbefugnis betreffen, nicht nach dem Forderungsstatut, sondern gesondert angeknüpft werden³⁴. Zum anderen ist zu bedenken, daß bei der Bestimmung des auf die Forderung anwendbaren Rechts die Frage im Vordergrund steht, welches Recht über Entstehung und Inhalt der Forderung entscheiden soll, und die Möglichkeit einer späteren Abtretung der Forderung und anderer Verfügungen kaum beachtet wird. Es kann deshalb nicht von vornherein angenommen werden, daß die Anwendung des für die Entstehung und den Inhalt der Forderung maßgeblichen Rechts stets auch den bei einer

33 Guldener, S. 24.

34 Vgl. dazu oben, S. 79, Fußnote 12.

späteren Verfügung über dieses Recht in Frage stehenden Interessen gerecht wird. Dem Grundsatz der Einheit der Rechtsanwendung kann deshalb im Zusammenhang mit der Forderungsabtretung allenfalls das Postulat entnommen werden, daß, soweit keine Gegengründe vorhanden sind, keine Veranlassung besteht, von der Anwendung des auf die Forderung grundsätzlich anwendbaren Rechts abzusehen³⁵. Solche Gegengründe sind aber gerade vorhanden, wenn es um die Frage geht, nach welcher Rechtsordnung das Zustandekommen und die Wirksamkeit des zwischen Zedent und Zessionar geschlossenen Verfügungsvertrags zu beurteilen sind, denn die gesetzlichen Bestimmungen über Zustandekommen und Wirksamkeit eines Vertrages sind vorwiegend im Interesse der vertragsschließenden Parteien aufgestellt und nicht im Interesse des Schuldners einer durch diesen Vertrag abgetretenen Forderung³⁶.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die Anknüpfung des zwischen Zedent und Zessionar geschlossenen Verfügungsvertrags nach Vertragsgrundsätzen nicht im Widerspruch zu unverzichtbaren Rechtsgrundsätzen des deutschen IPR steht. Im Interesse der international einheitlichen Anwendung des Art. 12 des Übereinkommens sollte deshalb der Art. 12 Abs. 1 des Übereinkommens von deutschen Gerichten so ausgelegt werden, daß er nicht nur das

35 So auch Guldener, S. 25.

36 Guldener, S. 41 ff.

zwischen Zedent und Zessionar geschlossene Verpflichtungsgeschäft, sondern auch das Verfügungsgeschäft umfaßt, sodaß auch für dieses die nach dem Übereinkommen für die Anknüpfung von Schuldverträgen maßgeblichen Vorschriften angewandt werden.

Zweites Kapitel

Die Anknüpfung der Legalzession gemäß Art. 13 des Übereinkommens

Die Anknüpfung der Legalzession ist in Art. 13 des Übereinkommens geregelt³⁷.

1) Die bislang herrschende Meinung:

Bei der Darstellung der herrschenden Meinung zur Anknüpfung der Legalzession wurde festgestellt, daß weitgehend Einigkeit darüber besteht, daß die den Gegenstand der Legalzession bildende Forderung nach wie vor ihrem Übergang auf einen neuen Gläubiger derselben Rechtsordnung unterliegt, und daß sich die Abtretbarkeit sowie der Schutz des Schuldners vor einer Verschlechterung seiner Lage durch einen Gläubigerwechsel ebenfalls nach dem Forderungsstatut richten. Die umstrittene Frage, nach welcher Rechtsordnung sich der Eintritt der Legalzession richtet, wurde von der herrschenden Meinung hingegen dem sogenannten Zessionsgrundstatut, d.h. derjenigen Rechtsordnung, die das den gesetzlichen Forderungsübergang auslösende Verhältnis zwischen Gläubiger und Drittem beherrscht, unterstellt, wobei jedoch von dieser Anknüpfung des Eintritts der Legalzession z.T. Ausnahmen für die Fälle gemacht wurden, in denen einem Gläubiger mehrere Schuldner gegenüberstehen und die für die Verpflichtungen dieser Schuldner maßgebenden Rechtsordnungen unterschiedliche Auffassungen darüber haben, auf welchem der Schuldner letztlich die Last verbleiben soll³⁸.

37 Der deutsche, englische und französische Text des Art. 13 des Übereinkommens ist im Anhang abgedruckt. Dem Art. 13 des Übereinkommens entspricht der Art. 33 Abs. 3 des IPRG-Entwurfs (zu der Abweichung im Wortlaut vgl. unten S. 170).

38 Vgl. dazu oben, S. 133.

II) Auslegung des Art. 13 des Obereinkommens:

In Art. 13 Abs. 1 des Obereinkommens wird bestimmt, daß, wenn ein Dritter die Verpflichtung hat, den Gläubiger einer vertraglichen Forderung zu befriedigen, oder wenn der Dritte den Gläubiger aufgrund dieser Verpflichtung befriedigt, das für die Verpflichtung des Dritten maßgebende Recht darüber entscheidet, ob der Dritte die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner gemäß dem für deren Beziehungen maßgebenden Recht ganz oder zu einem Teil geltend zu machen berechtigt ist.

Wenn Art. 13 Abs. 1 bestimmt, daß der Dritte die Forderung gegen den Schuldner gemäß dem für die Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner maßgebenden Recht geltend zu machen hat, so heißt dies mit anderen Worten, daß sich die Rechte, die dem Zessionar gegen den Schuldner nach dem Forderungsübergang zustehen, nach dem Forderungsstatut richten. Das bedeutet jedenfalls, daß die den Gegenstand der Legalzession bildende Forderung nach wie vor ihrem Übergang derselben Rechtsordnung unterliegt. Das bedeutet außerdem, daß die Vorschriften, die dem Schutz des Schuldners vor einer Verschlechterung seiner Lage durch den Gläubigerwechsel dienen, ebenfalls dem Forderungsstatut zu entnehmen sind. Nicht nach dem Forderungsstatut soll sich hingegen die Frage richten, ob überhaupt ein Gläubigerwechsel eintritt. Art. 13 Abs. 1 stellt vielmehr klar, daß der Eintritt der Legalzession allein nach dem Zessionsgrundstatut zu beurteilen ist. Dazu gehört auch die Frage, in welcher Höhe (ganz oder

zu einem Teil) die Legalzession eintritt³⁹. Zwar könnte man den deutschen Text des Art. 13 Abs. 1 auch so verstehen, daß sich der Satzteil "ganz oder zu einem Teil" auf den vorhergehenden Satzteil "gemäß dem für deren Beziehungen maßgebenden Recht" bezieht. Dies würde bedeuten, daß über das Ausmaß der Legalzession das Forderungsstatut befinden soll. Einer solchen Auslegung stehen aber der englische und französische Vertragstext des Art. 13 Abs. 1 entgegen, in denen eindeutig festgelegt ist, daß das Zessionsgrundstatut auch über das Ausmaß der Legalzession befindet.

III) Mit dieser Regelung folgt Art. 13 des Übereinkommens der herrschenden Meinung und lehnt die von den Gegenmeinungen bevorzugte Anknüpfung des Eintritts der Legalzession an das Forderungsstatut oder - wie z.B. in Art. 140 des schweizerischen IPRG-entwurfs vorgeschlagen - kumulativ an Zessionsgrund- und Forderungsstatut ab. Prof. Lagarde, eines der Mitglieder der Sachverständigengruppe, die das Übereinkommen erarbeitet hat, hat sich mit den im schweizerischen IPRG-entwurf aus dem Jahr 1979 enthaltenen Kollisionsnormen für Verträge auseinandergesetzt und hat diese mit den (damals noch geplanten) Regeln des römischen Übereinkommens verglichen. Lagarde kommt dabei zu dem Schluß, daß die in Art. 13 des Übereinkommens vorgesehene Anknüpfung des Eintritts der Legalzession an das Zessionsgrundstatut der von Art. 140 des schweizerischen IPRG-entwurfs

39 Bericht, BR-Drucksache 224/83, S. 67 = BT-Drucksache 10/503, S. 67, Firsching, IPRax 1981, S. 42.

(Art. 144 des ursprünglichen Entwurfs) vorgeschlagenen kumulativen Anknüpfung an Zessionsgrund- und Forderungsstatut vorzuziehen sei. Lagarde erkennt zwar, daß es dem schweizerischen IPRG-entwurf bei der in Art. 140 vorgeschlagenen Kollisionsnorm um den Schutz des Schuldners geht, meint aber, der Schuldnerschutz erfordere nur, daß der Zessionar gegen den Schuldner nicht mehr Rechte geltend machen könne als es der ursprüngliche Gläubiger konnte⁴⁰. Mit dem entscheidenden Argument für die in Art. 140 des schweizerischen IPRG-entwurfs getroffene Regelung, daß die Rechtslage des Schuldners auch dadurch beeinträchtigt werden kann, daß die Regreßordnung des Zessionsgrundstatuts für ihn ungünstiger ist als diejenige seiner eigenen Verpflichtung, des Forderungsstatuts, setzt sich Lagarde allerdings nicht auseinander. Dennoch ist, wie bereits ausgeführt⁴¹, der von der herrschenden Meinung bevorzugten und von Art. 13 des Übereinkommens übernommenen Anknüpfung der Legalzession an das Zessionsgrundstatut zu folgen, da die Nichtanordnung einer Legalzession durch das Forderungsstatut nicht Ausdruck einer vom Forderungsstatut festgelegten Rangfolge sein muß⁴² und da in den seltenen

40 Lagarde, Schweizer. Jahrbuch f. int. Recht, 1979, S. 72 ff. (85 ff.).

41 Vgl. oben, S. 121 ff.

42 Z.B. wenn das Forderungsstatut statt der Legalzession dem Dritten ein selbständiges Regreßrecht oder einen Anspruch auf Forderungsabtretung gibt, oder wenn es der Ansicht ist, der Gläubiger dürfe seine Ansprüche gegen beide Schuldner kumulieren.

Fällen, in denen es tatsächlich zu einer Konkurrenz verschiedener Rangordnungen kommt, auch die von Art. 140 des schweizerischen IPRG-entwurfs vorgesehene kumulative Anknüpfung an Zessionsgrund- und Forderungsstatut nicht zu interessengerechten Ergebnissen führt.

- IV) Nicht erwähnt wird von Art. 13 Abs. 1, nach welchem Recht die Abtretbarkeit der Forderung zu beurteilen ist. Nachdem der Eintritt eines Gläubigerwechsels auch davon abhängt, daß die Forderung abtretbar ist, könnte man daraus, daß Art. 13 Abs. 1 des Übereinkommens den Eintritt der Legalzession dem Zessionsgrundstatut unterstellt, schließen, daß sich auch die Abtretbarkeit der Forderung gemäß Art. 13 Abs. 1 des Übereinkommens nach dem Zessionsgrundstatut richten solle. Dies dürfte aber sicher nicht dem Willen der Sachverständigengruppe entsprochen haben. Im Bericht zu dem Übereinkommen wird hinsichtlich der diesbezüglichen Intentionen der Sachverständigen zwar nichts gesagt. Es steht aber fest, daß sich die Sachverständigen bei der Ausarbeitung des Art. 13 des Übereinkommens an den in den Mitgliedsstaaten der EG herrschenden Meinungen orientiert haben⁴³. Wie bei der Darstellung dieser herrschenden Meinungen ausgeführt⁴⁴, wird die Abtretbarkeit der Forderung jedoch einhellig nach dem Forderungsstatut beurteilt. Deutlicher als Art. 13 des Übereinkommens hatte Art. 17 des Vorentwurfs zu dem Übereinkommen geregelt, welche Fragen im Zusammenhang mit der Legalzession dem Zessions-

43 Lagarde, Schweizer. Jahrbuch für internationales Recht, 1979, S. 86; Firsching, IPRax 1981, S. 42.

44 Vgl. oben, S. 105.

grundstatut und welche dem Forderungsstatut unterliegen. Ausdrücklich wurde in Art. 17 des Vorentwurfs die Abtretbarkeit der Forderung dem Forderungsstatut unterstellt. Welche Gründe dafür maßgeblich waren, daß in Art. 13 des Übereinkommens eine andere Formulierung gewählt wurde als in Art. 17 des Vorentwurfs, ist aus den Quellen zu dem Übereinkommen nicht ersichtlich; die Abänderung des Textes des Art. 17 des Vorentwurfs wird von den Quellen überhaupt nicht erwähnt. Daraus läßt sich schließen, daß es bei der Abänderung des Textes lediglich darum gegangen ist, die verständlichste und treffendste Formulierung zu wählen und nicht darum, den Inhalt der Regelung abzuändern. Im übrigen bestimmt, wie oben ausgeführt⁴⁵, Art. 12 Abs. 2 des Übereinkommens für den Fall der rechtsgeschäftlichen Abtretung der Forderung, daß sich deren Abtretbarkeit nach dem Forderungsstatut richtet. Es wäre völlig unverständlich, wenn sich diese Abtretbarkeit der Forderung im Falle der Legalzession nach einem anderen Statut richten sollte als im Falle der Abtretung. Zusammenfassend läßt sich sagen, daß Art. 13 des Übereinkommens der herrschenden Meinung zur Anknüpfung der Legalzession entspricht.

45 Vgl. oben, S. 143.

Drittes Kapitel

Ausfüllung der Regelungslücken des Art. 13 des Übereinkommens

- I) Art. 13 des Übereinkommens gilt seinem klaren Wortlaut nach nur für den gesetzlichen Übergang vertraglicher Forderungen. Der gesetzliche Übergang außervertraglicher (z.B. deliktischer) Forderungen wird von Art. 13 des Übereinkommens nicht geregelt⁴⁶.

Zur Begründung hierfür wird im Bericht zu dem Übereinkommen ausgeführt⁴⁷, daß die Sachverständigen-Gruppe es für zweckmäßig erachtet habe, die Anwendung der in Art. 13 enthaltenen Bestimmung auf den gesetzlichen Übergang vertraglicher Forderungen zu beschränken, da sich das gesamte Übereinkommen nur auf das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht beziehe⁴⁸.

Diese Betrachtungsweise erscheint allerdings insofern inkonsequent, als die in Art. 12 des Übereinkommens geregelte Forderungsabtretung nicht auf die Abtretung vertraglicher Forderungen beschränkt wurde, sondern

46 Bericht, BR-Drucksache 224/83, S. 67 = BT-Drucksache 10/503, S. 67; Denkschrift, BR-Drucksache 224/83, S. 30 = BT-Drucksache 10/503, S. 30; Firsching, IPRax 1981, S. 42.

47 Bericht, aaO (Fußnote 46).

48 Vgl. Art. 1 Abs. 1 des Übereinkommens.

auch die Abtretung außervertraglicher Forderungen umfaßt⁴⁹. Gerechtfertigt wäre eine Einschränkung des Art. 13 des Übereinkommens auf den gesetzlichen Übergang vertraglicher Forderungen nur dann, wenn Gründe vorhanden wären, den gesetzlichen Übergang außervertraglicher Forderungen anders anzuknüpfen als den gesetzlichen Übergang vertraglicher Forderungen; solche Gründe sind aber nicht ersichtlich. Der deutsche IPRG-entwurf hat hieraus die Konsequenzen gezogen, indem er in Art. 33 Abs. 3 EGBGB-E die Regelung des Art. 13 des Übereinkommens auch auf den gesetzlichen Übergang außervertraglicher Forderungen ausgedehnt und damit diese Regelungslücke des Art. 13 des Übereinkommens geschlossen hat⁵⁰. Es ist nicht damit zu rechnen, daß in den anderen Mitgliedsstaaten der EG hiervon abweichende Regelungen getroffen werden.

II) Während die Überschrift des deutschen Textes des Art. 13 des Übereinkommens "gesetzlicher Forderungsübergang" lautet⁵¹ und damit darauf hinzuweisen scheint, daß Art. 13 des Übereinkommens alle Fälle der Legalzession umfasse, regelt der Wortlaut des Art. 13 eindeutig nur die Fälle der Legalzession einer Forderung

49 Dies geht daraus hervor, daß Art. 13 die Begriffe "vertragliche Forderung", "contractual claim upon another", "droits en vertu d'un contrat" verwendet, während Art. 12 von "Forderung", "right against another person" und "créance" spricht.

50 Vgl. Begründung des IPRG-entwurfs, BF-Drucksache 222/83, S. 83 = BT-Drucksache 10/504, S. 83.

51 Die Überschrift des englischen und französischen Textes des Art. 13 lautet hingegen "subrogation".

zugunsten eines Dritten, der verpflichtet ist, den Gläubiger dieser Forderung zu befriedigen.

Es gibt aber auch Fälle, in denen ein gesetzlicher Forderungsübergang auf einen Dritten stattfindet, der den Gläubiger befriedigt, ohne dazu verpflichtet zu sein⁵², und Fälle, in denen ein gesetzlicher Forderungsübergang auf einen Dritten stattfindet, ohne daß dieser den Gläubiger der Forderung befriedigt oder dazu verpflichtet ist⁵³.

Für diese Fälle enthält Art. 13 des Übereinkommens keine Regelung.

1) Behandlung der Fälle, in denen ein Dritter den Gläubiger befriedigt ohne dazu verpflichtet zu sein:

a) Stellungnahmen der Literatur und der Quellen zu dem Übereinkommen:

aa) Im Bericht zum Übereinkommen wird ausgeführt⁵⁴, daß die Sachverständigengruppe auch die Fälle berücksichtigt habe, in denen ein Dritter ohne eigene Verpflichtung, jedoch aufgrund eines gesetzlich

52 Z.B. nach § 268 Abs. 3 BGB, Art. 1251 Zi. 1 CCf, 1203 Zi. 1 CCit.

53 Bei der Legalzession der Nebenrechte nach § 401 BGB und bei der Legalzession zugunsten des Auftraggebers nach Art. 401 OR (Schweiz).

54 Bericht, BR-Drucksache 224/83, S. 67 = BT-Drucksache 10/503, S. 67.

anerkannten wirtschaftlichen Interesses den Gläubiger befriedigt habe. Grundsätzlich solle auch für diesen Sachverhalt die Regelung des Art. 13 des Übereinkommens gelten, jedoch bleibe dem Gericht ein Beurteilungsspielraum.

bb) Firsching⁵⁵ will die Regelung des Art. 13 sinngemäß auch auf den Fall erstrecken, in dem eine Person zahlt, ohne dazu vertraglich oder gesetzlich verpflichtet zu sein, die daran jedoch ein gesetzlich anerkanntes wirtschaftliches Interesse hat.

cc) Gaudemet-Tallon⁵⁶ hingegen tendiert in diesem Fall zur Anwendung des Forderungsstatuts, und auch Lagarde⁵⁷ zieht die Anwendung des Forderungsstatuts in Betracht, ohne sich allerdings eindeutig festzulegen.

b) Eigene Stellungnahme:

aa) Art. 13 des Übereinkommens kann auf den genannten Fall allenfalls sinngemäß angewendet werden, denn da in diesem Fall keine Verpflichtung des Dritten zur Zahlung besteht, kann auch nicht das für die Verpflichtung des Dritten

55 Firsching, IPRax 1981, S. 42.

56 Gaudemet-Tallon, Revue trim. de dr. européennes, 1981, S. 276 f.

57 Lagarde, Schweizer. Jahrbuch f. int. Recht, 1979, S. 86 f.

maßgebende Recht über den Eintritt der Legalzession entscheiden. Die Zahlung des Dritten erfolgt aufgrund eines Ablösungsrechts des Dritten, das als Nebenrecht zu dem Eigentum, dem beschränkt dinglichen Recht oder dem Besitz an der Sache anzusehen ist. Bei sinngemäßer Anwendung des Art. 13 müßte das Statut dem das Ablösungsrecht untersteht über die Frage des Eintritts der Legalzession entscheiden.

bb) Zu fragen ist, ob die der Regelung des Art. 13 des Übereinkommens zugrundeliegenden maßgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte auch für die Anknüpfung der Fälle zutreffend sind, in denen der Dritte nicht aufgrund einer Verpflichtung, sondern aufgrund eines Ablösungsrechts an den Gläubiger zahlt.

(1) Vorweg ist zu sagen, daß die Nichtanordnung der Legalzession durch das Forderungsstatut zugunsten eines Dritten, der, ohne dazu verpflichtet zu sein, an den Gläubiger zahlt, in keinem Fall Ausdruck einer vom Forderungsstatut festgelegten Rangfolge zwischen mehreren Schuldern des Gläubigers ist, denn der zahlende Dritte ist in diesem Fall gar nicht Schuldner, sondern er zahlt freiwillig an den Gläubiger, ohne damit die Verpflichtung des Schuldners endgültig tilgen zu wollen. Ordnet in einem solchen Fall das Forderungsstatut keine Legalzession zugunsten des Dritten an, so will es damit nicht

zum Ausdruck bringen, daß die Zahlung des Dritten dem Schuldner zugutekommen solle, vielmehr soll stets auch nach dem Forderungsstatut die Last letztlich den Schuldner treffen.

- (2) Würde man den Eintritt der Legalzession in diesem Fall nach dem Forderungsstatut beurteilen, so würde zwar dann kein gesetzlicher Forderungsübergang stattfinden, wenn das Forderungsstatut ihn nicht anordnet. Die freiwillige Zahlung des Dritten würde aber auch nach dem Forderungsstatut nicht die Verpflichtung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger zum Erlöschen bringen. Der Schuldner wäre vielmehr weiterhin dem Gläubiger gegenüber zur Zahlung verpflichtet. Dieser wiederum wäre aus Treu und Glauben verpflichtet seine Forderung gegen den Schuldner an den Dritten, der an ihn gezahlt hat, abzutreten. Diesem Anspruch auf Abtretung stünde auch nicht das Forderungsstatut entgegen. Letztlich müßte dann auf dem Umweg über die Forderungsabtretung der Schuldner doch an den Dritten zahlen.
- (3) Dieser Umweg über die Forderungsabtretung stellt für den Schuldner keinen Vorteil dar, denn er genießt im Fall der Forderungsabtretung keinen weitergehenden Schutz als im Fall der Legalzession⁵⁸.

58 Vgl. dazu oben, S. 124.

- (4) Andererseits hat der Dritte ein Interesse daran, daß der Gläubigerwechsel nicht aufgrund einer Abtretung, sondern aufgrund einer Legalzession stattfindet, da dieser Weg für ihn weniger umständlich und weniger kostspielig ist und ihm die Legalzession einen stärkeren Schutz bietet als der bloße Anspruch auf Abtretung, v.a. wenn z.B. der Gläubiger oder der Schuldner nach der Zahlung des Dritten in Konkurs fällt, oder wenn der Gläubiger seinen Anspruch gegen den Schuldner realisiert, bevor der Dritte seinen Anspruch auf Abtretung durchsetzen konnte.

Zwar bedarf der freiwillig zahlende Dritte nicht in demselben Maße des Schutzes wie ein zur Zahlung verpflichteter Dritter, denn es steht ihm frei, entweder gar keine Zahlung an den Gläubiger zu leisten oder diese Zahlung davon abhängig zu machen, daß der Gläubiger ihm als Gegenleistung die Forderung gegen den Schuldner abtritt. Gleichwohl würde durch die Nichtanordnung der Legalzession die Rechtsposition des Dritten, die diesem aus seiner Rechtsbeziehung zum Gläubiger erwächst, beeinträchtigt.

- (5) Da es jedoch für den Schuldner keinen Unterschied macht, ob der Gläubigerwechsel aufgrund einer Forderungsabtretung oder aufgrund einer Legalzession stattfindet, ist meines Erachtens auch im Falle der freiwilligen Zahlung eines Dritten in dessen Interesse der Eintritt der Legalzession an das Zessionsgrundstatut,

d.h. an die Rechtsordnung, die das die Zahlung des Dritten auslösende Rechtsverhältnis beherrscht, anzuknüpfen.

- 2) Behandlung der Fälle, in denen ein gesetzlicher Forderungsübergang auf einen Dritten stattfindet, ohne daß dieser den Gläubiger der Forderung befriedigt oder dazu verpflichtet ist:

- a) In den Quellen und der Literatur zu dem Übereinkommen werden diese Fälle nicht erwähnt. Gleichwohl gibt es zumindest zwei Fälle, in denen eine Forderung kraft Gesetzes auf einen Dritten übergeht, ohne daß der Dritte den Gläubiger dieser Forderung befriedigt hat oder dazu verpflichtet ist.

Der eine Fall der Legalzession findet nach Art. 401 OR im schweizerischen Auftragsrecht statt⁵⁹. Demnach gehen die Forderungen, die der Auftragnehmer im eigenen Namen aber für Rechnung des Auftraggebers erworben hat, kraft Gesetzes auf den Auftraggeber über, sobald dieser seinen Verpflichtungen aus dem Auftragsverhältnis nachgekommen ist. Der andere Fall betrifft den gesetzlichen Übergang der Nebenrechte einer Forderung auf einen Dritten im Falle der Abtretung oder Legalzession dieser Forderung an den Dritten⁶⁰.

- b) Eigene Stellungnahme:

- aa) Im erstgenannten Fall des gesetzlichen Übergangs der durch den Auftragnehmer für Rechnung des Auftraggebers erworbenen Forderungen kann

59 Vgl. oben, S. 171, 54, 3.

60 Vgl. oben, S. 169, Fußnote 53.

es zu keiner "Kollision" unterschiedlicher Regreßordnungen kommen, da auch nach den Rechtsordnungen, die in Abweichung von der schweizerischen Rechtsordnung dem Auftraggeber keine Legalzession einräumen, dem Auftraggeber jedenfalls ein Anspruch gegen den Auftragnehmer auf Abtretung dieser Forderung zusteht⁶¹.

Auf diesen Fall ist deshalb meines Erachtens ebenfalls die Regelung des Art. 13 des Übereinkommens sinngemäß anzuwenden, da es für den Schuldner gleichgültig ist, ob die Forderung im Wege der Abtretung oder im Wege der Legalzession auf einen neuen Gläubiger übergeht und da es das Interesse des Auftraggebers erfordert, daß die durch den Auftragnehmer erworbene Forderung nicht kraft Abtretung, sondern kraft Legalzession auf ihn übergeht, wenn das für das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer maßgebende Recht dies vorsieht.

- bb) Im Fall der Legalzession der Nebenrechte kann es ausnahmsweise dann zu einer "Kollision" unterschiedlicher Regreßordnungen kommen, wenn für eine Forderung mehrere Sicherheiten nach verschiedenen Rechtsordnungen bestellt sind und diese verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedliche Ansichten darüber haben, ob im Falle der Inanspruchnahme eines der Sicherungsgeber durch den Gläubiger die anderen Sicherungsgeber freiwerden sollen, ob sie dem in Anspruch genommenen Sicherungsgeber anteilig haften sollen, oder ob die von

61 Im deutschen Recht z.B. gemäß § 667 BGB.

ihnen bestellten Sicherheiten in voller Höhe auf den in Anspruch genommenen Sicherungsgeber übergehen sollen⁶². Ein solcher Sonderfall der Kollision unterschiedlicher Regreßordnungen kann jedoch, wie bereits erwähnt⁶³, weder mit einer Anknüpfung des Eintritts der Legalzession an das Zessionsgrundstatut, noch mit einer Anknüpfung an das Forderungsstatut oder mit einer kumulativen Anknüpfung an beide Statute befriedigend gelöst werden. Dieser Fall soll deshalb im Zusammenhang mit den anderen Fällen behandelt werden, in denen es zu einer Kollision von Regreßordnungen kommt⁶⁴.

In den sonstigen Fällen der Legalzession der Nebenrechte sind sich die verschiedenen Rechtsordnungen einig, daß die unselbständigen Sicherungs- und Vorzugsrechte zusammen mit der Hauptforderung auf den Zessionar übergehen⁶⁵. Auch über die selbständige bzw. unselbständige Natur eines Nebenrechts besteht weitgehend Einigkeit⁶⁶. Sollten in dieser Beziehung in Ausnahmefällen Divergenzen zwischen Forderungsstatut und

62 Vgl. dazu oben, S. 68.

63 Oben, S. 126 ff.

64 Vgl. dazu unten, S. 180.

65 Schumann, S. 139 ff.; vgl. auch Art. 1692 CCf.

66 Schumann, S. 139 ff.

Zessionsgrundstatut auftreten, so kann zwar über die selbständige bzw. unselbständige Natur des Nebenrechts nur die Rechtsordnung entscheiden, der dieses Nebenrecht unterliegt, d.h. das Forderungsstatut. Ordnet jedoch das Zessionsgrundstatut eine Legalzession dieses Nebenrechts an, so steht die Möglichkeit, daß das Forderungsstatut dieses Nebenrecht für selbständig hält und demzufolge keine Legalzession dieses Nebenrechts anordnet, meines Erachtens dem Eintritt der Legalzession des Nebenrechts nicht entgegen⁶⁷. Aus der selbständigen Natur, die das Nebenrecht nach der für es maßgebenden Rechtsordnung hat, folgt nur, daß das Nebenrecht selbständig abgetreten werden kann, nicht aber, daß es nicht zusammen mit der Hauptforderung auf einen neuen Gläubiger übergehen kann. Würde sich in diesem Fall der Eintritt der Legalzession nach dem Forderungsstatut richten, so würde das selbständige Nebenrecht beim Gläubiger verbleiben und dieser könnte es an den Zessionar abtreten, sodaß der Schuldner des Nebenrechts letztlich doch dem Zessionar gegenüber verpflichtet wäre. Da es für den Schuldner jedoch - wie schon mehrfach betont - gleichgültig ist, ob der Gläubigerwechsel aufgrund einer Legalzession oder aufgrund einer Abtretung stattfindet und da der Zessionar ein berechtigtes Interesse daran hat, daß das Nebenrecht nicht im Wege der Abtretung, sondern im Wege der Legalzession

67 Im Ergebnis ebenso Guldener, S. 118 ff. (122).

auf ihn übergeht, wenn das für sein Verhältnis zum Zedenten maßgebende Recht dies vorsieht, ist meines Erachtens auch der Eintritt der Legalzession des Nebenrechts an das Zessionsgrundstatut, d.h. an die für das Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar maßgebende Rechtsordnung anzuknüpfen. Diese Anknüpfung führt auch dann zu einem interessengerechten Ergebnis, wenn das Nebenrecht nach dem für es maßgebenden Statut unselbständig ist. Sieht in diesem Fall das für den Eintritt der Legalzession maßgebende Zessionsgrundstatut vor, daß das Nebenrecht nicht kraft Gesetzes zusammen mit dem Hauptrecht auf den Zessionar übergehen soll, so findet nach der hier vertretenen Auffassung eine Legalzession dieses Nebenrechts auf den Zessionar nicht statt. Das Nebenrecht kann aber, da es unselbständig ist, auch nicht von der Hauptforderung getrennt beim Gläubiger verbleiben. Das Nebenrecht erlischt deshalb in diesem Fall, es sei denn, Zedent und Zessionar haben (konkludent) vereinbart, daß es zusammen mit dem Hauptrecht auf den Zessionar übergehen soll.

III) Behandlung der Fälle, in denen es zu einer Konkurrenz von verschiedenen Regreßordnungen kommt:

Bereits mehrfach wurde erwähnt⁶⁸, daß in denjenigen Fällen, in denen einem Gläubiger mehrere Schuldner gegenüberstehen und in denen die für die Verpflichtungen dieser Schuldner maßgebenden Rechtsordnungen unterschiedlicher Ansicht darüber sind,

68 Vgl. oben, S. 126 ff., 176.

auf welchem der Schuldner letztlich die Last verbleiben soll, weder eine Anknüpfung des Eintritts der Legalzession an das Zessionsgrundstatut, noch eine Anknüpfung an das Forderungsstatut, noch eine kumulative Anknüpfung an beide Statute zu befriedigenden Ergebnissen führt, da jede dieser vorgeschlagenen Anknüpfungsmöglichkeiten zu unterschiedlichen Ergebnissen führt, je nach dem welchen der Schuldner der Gläubiger (zuerst) in Anspruch genommen hat.

1) Behandlung dieser Fälle durch das Obereinkommen:

Für die Behandlung dieser Sonderfälle hat das Obereinkommen keine spezielle Regelung vorgesehen. Art. 13 Abs. 2 des Obereinkommens bestimmt zwar, daß die Regelung des Art. 13 Abs. 1 des Obereinkommens auch dann gelten soll, wenn mehrere Personen dieselbe vertragliche Forderung zu erfüllen haben und einer von ihnen den Gläubiger befriedigt. Art. 13 Abs. 2 sagt aber nichts darüber aus, ob dies auch gelten soll, wenn die Verpflichtungen der Schuldner verschiedenen Rechtsordnungen unterliegen und diese Rechtsordnungen unterschiedliche Auffassungen darüber haben, auf welchem der Schuldner letztlich die Last verbleiben soll.

Daraus, daß in dem Obereinkommen für die Behandlung dieser Sonderfälle keine spezielle Regelung vorhanden ist, könnte man schließen, daß nach Ansicht der Sachverständigengruppe auch in diesen Sonderfällen einer vom Zessionsgrundstatut angeordneten Legalzession folge zu leisten und in Kauf zu nehmen ist, daß diese Anknüpfung in Einzelfällen zu unbilligen Ergebnissen führt.

Wahrscheinlicher aber ist, daß die Sachverständigengruppe diese Fälle bewußt oder unbewußt gar nicht geregelt und ihre Behandlung damit der Rechtsfortbildung überlassen hat. Dafür spricht, daß die genannte Problematik weder in den Quellen, noch in der Literatur zu dem Übereinkommen erwähnt wird und daß sie, soweit sie in der Literatur und Rechtsprechung überhaupt behandelt wurde, bislang keineswegs einheitlich gelöst wurde⁶⁹.

2) Eigene Stellungnahme zur Behandlung dieser Sonderfälle:

Unterliegen die Verpflichtungen verschiedener Schuldner unterschiedlichen Rechtsordnungen, so kann die Rangordnung zwischen diesen Schuldnern nicht von einer dieser Rechtsordnungen allein, sondern nur von sämtlichen für die Verpflichtungen der verschiedenen Schuldner zuständigen Rechtsordnungen gemeinsam festgelegt werden. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle sind sich die unterschiedlichen Rechtsordnungen einig über die Rangordnung der Schuldner⁷⁰, sodaß es

69 Vgl. dazu oben, S. 133.

70 Die von ihr bevorzugte Rangordnung zwischen mehreren Schuldnern gibt eine Rechtsordnung i.d.R. dadurch zu erkennen, daß sie zugunsten des ihrer Ansicht nach nur sekundär Verpflichteten entweder eine Legalzession, oder einen selbständigen Regreßanspruch, oder einen Anspruch auf Forderungsabtretung anordnet, sowie dadurch, daß sie im Falle der Zahlung des ihrer Ansicht nach nur

zu keinem Konflikt dieser Rechtsordnungen kommt. In den seltenen Ausnahmefällen jedoch, in denen dies nicht der Fall ist, sind Billigkeitslösungen unvermeidlich. Ordnet beispielsweise das Zessionsgrundstatut im Falle der Zahlung des einen Schuldners eine Legalzession der gegen den anderen Schuldner gerichteten Forderung zu Gunsten des Zahlenden an, während das Forderungsstatut in diesem Fall anordnet, daß die gegen den anderen Schuldner gerichtete Forderung endgültig erlischt, so kann weder dem Grundsatz, daß über den Eintritt der Legalzession das Zessionsgrundstatut entscheidet, noch dem Grundsatz, daß über das Erlöschen einer Forderung das Statut dieser Forderung entscheidet, der Vorrang eingeräumt werden. Beide Grundsätze wollen vielmehr gleichermaßen angewendet werden. Diese Fälle sind deshalb meines Erachtens wie die Fälle der Kollision

sekundär Verpflichteten anordnet, daß die gegen den ihrer Ansicht nach primär Verpflichteten gerichtete Forderung nicht untergeht, sondern bestehenbleibt oder ihr Bestehenbleiben zumindest fingiert wird. Umgekehrt gibt eine Rechtsordnung die von ihr bevorzugte Rangordnung zwischen mehreren Schuldnern auch dadurch zu erkennen, daß sie zugunsten des ihrer Ansicht nach primär Verpflichteten weder eine Legalzession, noch einen selbständigen Regreßanspruch, noch einen Anspruch auf Forderungsabtretung anordnet und außerdem im Falle der Zahlung des ihrer Ansicht nach primär Verpflichteten anordnet, daß die gegen den ihrer Ansicht nach nur sekundär Verpflichteten gerichtete Forderung endgültig erlischt.

von Kollisionsnormen durch Angleichung zu lösen. Eine Angleichung auf kollisionsrechtlicher Ebene, indem man die Grenzen zwischen den verschiedenen Kollisionsregeln, die zur Anwendung drängen, zu Gunsten einer von ihnen verschiebt und somit einen Widerspruch der materiellen Normen verhindert, scheidet hier aus, da aus den angeführten Gründen die beteiligten Statute gleichberechtigt nebeneinander stehen und in gleichem Maße zur Anwendung drängen. In einem solchen Fall ist internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit nicht möglich. Die Lösung ist deshalb im materiellen Recht der beteiligten Rechtsordnungen zu suchen⁷¹. Die Art und Weise der materiellrechtlichen Angleichung ergibt sich durch eine Interessenabwägung im Einzelfall. Dabei ist nicht von vornherein ein Kompromiß zwischen den materiellrechtlichen Vorschriften der beteiligten Rechtsordnungen zu suchen; vielmehr sind nach dem Gesetz des geringsten Widerstandes⁷² die materiellrechtlichen Vorschriften derjenigen Rechtsordnung zu ändern, in der dies am leichtesten

71 Insoweit wird das Kollisionsrecht durch die Methoden der Rechtsvergleichung ergänzt, vgl. Jaymé, Festschrift für Schwind, S. 112 ff.

72 Vgl. OLG Bremen, FamRZ 1964, S. 219, Nr. 103 = NJW 1964, S. 555 f.; OLG Saarbrücken, FamRZ 1966, S. 42 f. = NJW 1966, S. 308; OLG Hamm, FamRZ 1968, S. 321, 323 = NJW 1968, S. 1052.

möglich erscheint, weil dann die Entscheidung am "realsten"⁷³ bleibt.

In dem oben aufgeführten Fall, der dem schweizerischen Bundesgericht zur Entscheidung vorlag⁷⁴, in dem nach der Haftungsverteilung des Zessionsgrundstatuts (deutsches Recht) die Haftung letztlich nicht die Barmer Ersatzkasse, sondern gemäß § 1542 RVO den nach den Grundsätzen der Kausalhaftung zum Schadensersatz verpflichteten Betreiber der Luftseilbahn treffen sollte⁷⁵, während nach der Haftungsverteilung des Forderungsstatuts (schweizerisches Recht) gemäß Art. 51 OR die Haftung letztlich die vertraglich haftende Barmer Ersatzkasse vor dem gesetzlich ohne Verschulden

73 Eine "reale" Entscheidung darf sich vom angewandten in- und ausländischen Recht nicht allzuweit entfernen und muß bloße Phantasielösungen vermeiden, vgl. Soergel-Kegel, Rdz. 106 vor Art. 7 EGBGB.

74 Vgl. oben, S. 127, BGE 107 II, S. 489 ff.

75 Im Originalfall, der dem schweizerischen BG vorlag, war die Frage des zivilrechtlichen Verschuldens des Betreibers der Luftseilbahn noch nicht geklärt.

haftenden Betreiber der Luftseilbahn treffen sollte, ist deshalb abzuwägen, ob nach beiden Statuten die Haftungsverteilung gleichermaßen zwingend vorgenommen wird, oder ob nicht in einem der Statute Ausnahmen von der grundsätzlichen Haftungsverteilung zugelassen werden. Dabei wird man feststellen, daß Art. 1542 RVO zwingend ist, während die Regelung des Art. 51 OR nicht starr ist, sondern dem Richter bei der Beurteilung der Haftungsrangfolge der verschiedenen Schuldner ein Ermessen einräumt⁷⁶. Zwar soll - wie wiederholt betont wird - nur in Ausnahmefällen von der Regreßordnung des Art. 51 Abs. 2 OR abgewichen werden, da diese ein wohl abgewogenes ethisches Prinzip verkörpere⁷⁷. Ein solcher Ausnahmefall ist meines Erachtens jedoch dann gegeben, wenn sich ein nach den Grundsätzen der Kausalhaftung ohne eigenes Verschulden nach schweizerischem Recht Verpflichteter und ein nach einer anderen Rechtsordnung vertraglich Haftender gegenüberstehen und die für die Verpflichtung des vertraglich Haftenden maßgebende Rechtsordnung diesem einen Regreßanspruch auch gegen den nur kausal ohne eigenes Verschulden Haftenden einräumt. Dem gegen die Regelung des Art. 51 Abs. 2 OR vorgebrachten Einwand, daß der vertraglich Haftende (die Versicherung) bei der Kalkulation der von seinem Vertragspartner (dem geschädigten Versicherungsnehmer) zu erbringenden Gegenleistung (Versicherungsprämie) die Regreßmöglichkeit gegen Drittschädiger berücksichtige und

76 Oftinger, S. 352; BGE 76 II, S. 392.

77 Oftinger, a.a.O., BGE 76 II, a.a.O. (Fußnote 76).

daß somit bei einer Nichtgewährung des Regresses das Leistungsgleichgewicht dieses Vertrags gestört werde, wird entgegengehalten, daß der vertraglich Haftende bei dieser Kalkulation von vornherein auch berücksichtigen könne, daß er gemäß der Regreßordnung des Art. 51 Abs. 2 OR keinen Rückgriff auf einen kausal ohne eigenes Verschulden Haftenden nehmen kann⁷⁸. Diese Argumentation trifft aber allenfalls dann zu, wenn auch der die Verpflichtung des vertraglich Haftenden begründende Vertrag (Versicherungsvertrag) dem schweizerischen Recht unterliegt, denn nur dann kann der vertraglich Haftende einkalkulieren, daß ihm nur eine eingeschränkte Regreßmöglichkeit gegen Dritthaftpflichtige zusteht. Untersteht dieser Vertrag jedoch einer anderen Rechtsordnung, nach der dem vertraglich Haftenden eine uneingeschränkte Regreßmöglichkeit auch gegen einen lediglich kausal ohne eigenes Verschulden Haftenden zusteht, dann ist es für den vertraglich Haftenden unmöglich, sämtliche Rechtsordnungen daraufhin zu überprüfen, ob und in welchen Fällen sie ihm einen Regreß gegen einen Dritthaftpflichtigen gewähren, um danach die Höhe der Gegenleistung seines Vertragspartners zu kalkulieren; dies wäre aber deshalb nötig, weil der vertraglich Haftende bei Abschluß des Vertrages gar nicht wissen kann, welcher Rechtsordnung ein Schadensersatzanspruch seines Vertragspartners gegen einen Dritthaftpflichtigen unterliegen wird. In einem solchen Fall sollte deshalb meines Erachtens die Regelung des Art. 51 Abs. 2 OR

78 BGE 76 II, S. 393.

angepaßt und dem Regreß des vertraglich Haftenden gegen den lediglich kausal Haftenden stattgegeben werden, wenn das Statut des vertraglich Haftenden diese Rangfolge vorsieht.

In anderen Fällen, in denen die von den beteiligten Statuten angeordnete Haftungsverteilung gleichermaßen zwingend ist, kommt als letzter Ausweg die Entwicklung einer fallbezogenen Richternorm (Sachnorm) in Betracht, die, soweit möglich, auf die vorgefundenen Normen Rücksicht zu nehmen hat⁷⁹. In dem oben aufgeführten Fall⁸⁰ der Überversicherung durch Mehrfachversicherung desselben Risikos, wenn ein Versicherungsstatut den Versicherer aus dem älteren Versicherungsvertrag die Last alleine tragen lassen will, ein anderes Versicherungsstatut die Last unter den Versicherern proportional den Versicherungssummen aufteilen, ein drittes Versicherungsstatut die Belastung bei demjenigen belassen will, an den sich der Versicherte hält, ist Wengler zuzustimmen, wenn er vorschlägt, die zweite Lösung (Aufteilung proportional den Versicherungssummen) anzuwenden⁸¹, da diese Lösung auch im Verhältnis zwischen Versicherern, die einem anderen Versicherungsstatut unterliegen, zumindest dann der Billigkeit entspricht, wenn der Versicherer des später abgeschlossenen Versicherungsvertrags von dem früher abgeschlossenen Versicherungsvertrag gar nichts wußte und er diesen deshalb bei der Festsetzung der Gegenleistung des Versicherungsnehmers auch nicht berücksichtigt hat.

79 Münchener Kommentar/Sonnenberger, Einleitung, Rdn. 354.

80 Vgl. oben, S. 70 f., 129.

81 Wengler, § 26 d.

In dem oben angeführten Fall⁸², in dem für eine Schuld nach verschiedenen Rechtsordnungen mehrere ungleichartige Sicherheiten bestellt sind und sich diese verschiedenen Rechtsordnungen uneinig sind, ob im Falle der Inanspruchnahme eines der Sicherungsgebers durch den Gläubiger die anderen Sicherungsgeber freiwerden sollen, ob sie dem in Anspruch genommenen Sicherungsgeber anteilig haften sollen, oder ob die von ihnen bestellten Sicherheiten in voller Höhe auf den in Anspruch genommenen Sicherungsgeber übergehen sollen, ist meines Erachtens dem Sicherungsstatut des später abgeschlossenen Sicherungsvertrags der Vorzug zu geben, da der Sicherungsgeber, dessen Verpflichtung diesem Statut unterliegt, bei Eingehung seiner Verpflichtung die von diesem Statut eingeräumte Rückgriffsmöglichkeit gegen den anderen Sicherungsgeber einkalkulieren konnte, während der Sicherungsgeber, der sich bereits vorher verpflichtet hatte, zu diesem Zeitpunkt mit einer Rückgriffsmöglichkeit gegen einen anderen Sicherungsgeber gar nicht rechnen konnte. Bei gleichzeitiger Bestellung der Sicherheiten bleibt meines Erachtens keine andere Möglichkeit, als einen Rückgriff insoweit zuzulassen, als sich beide Statute einig sind, daß der Rückgriffsbelangte letztlich haften soll, einen von nur einem der Statute angeordneten darüberhinausgehenden Rückgriffsanspruch jedoch nur zur Hälfte zuzulassen, da auf diese Weise beide Statute in gleichem Maße berücksichtigt werden.

82 Vgl. oben, S. 68 f., 129.

IV) Zessionsstatut und öffentliches Recht:

Besondere Probleme entstehen bei der Legalzession zugunsten eines Trägers der Sozialversicherung oder eines öffentlichen Dienstherrn, da dann das die Legalzession auslösende Verhältnis zwischen dem Sozialversicherungsträger bzw. Dienstherrn und dem Versicherungsnehmer bzw. Beamten nicht durch privatrechtliche, sondern durch öffentlichrechtliche Vorschriften geregelt ist. Sehr häufig wird dies nicht erkannt, sondern ohne nähere Begründung die die Legalzession anordnende ausländische öffentlichrechtliche Vorschrift angewandt⁸³. Der Anwendbarkeit einer solchen Vorschrift könnte jedoch der Grundsatz der Unanwendbarkeit ausländischer öffentlichrechtlicher Vorschriften entgegenstehen. Dieser Grundsatz besagt, daß die Gerichte und Behörden eines Staates grundsätzlich nur inländisches öffentliches Recht anwenden (Territorialitätsprinzip)⁸⁴.

83 Vgl. z.B. BHG vom 26.04.1966, IPRspr. 1966/67, Nr. 31 b = BGHWarn. 1966 Nr. 101 = AWD 1966, S. 246 = VersR 1966, S. 662 = MDR 1966, S. 670 = NJW 1966, S. 1620; Raape, S. 509 ff.; Gitter, NJW 1965, S. 1108, 1111; Cour de cassation (1re ch. civ.), 17.03.1970, Revue cr. de dr. int. pr. 59 (1970), S. 688 ff. = Dalloz 1970, S. 499 ff.

84 BGHZ 31, S. 369; Kegel/Seidl-Hohenveldern, S. 239; Frank, RabelsZ 34 (1970), S. 59.

Unter Berufung auf diesen Grundsatz hat der Cour d'appell de Besançon in einer Entscheidung vom 14.05.1959⁸⁵ die Legalzession zugunsten eines schweizerischen Sozialversicherers abgelehnt, wobei das Gericht allerdings mißverständlicherweise teilweise statt des Begriffs "droit public" den Begriff "ordre public" verwendet. Dieses Urteil ist auf einhellige Ablehnung gestoßen⁸⁶.

Die ganz herrschende Meinung wendet heute eine ausländische öffentlichrechtliche Vorschrift, die eine Legalzession anordnet, an. Die Begründungen hierfür sind jedoch sehr unterschiedlich.

- 1) Z.T. wird gesagt, die die Legalzession zugunsten des Sozialversicherungsträgers anordnende Norm sei nicht öffentlichrechtlich, sondern privatrechtlich zu qualifizieren, da die Einschaltung des öffentlichrechtlich organisierten Versicherers nicht im Interesse des Staates, sondern des Geschädigten erfolge und der Schädiger durch sie nicht schlechter gestellt werde⁸⁷.

85 Cour de Besançon, 14.05.1959, Clunet 1960, S. 778 ff.,
note Bredin = Revue cr. de dr. int. pr. 1960, S. 67 ff.,
note Loussouarn = Dalloz 1959, S. 515, note Esmein.

86 Vgl. Bredin, Loussouarn, Esmein, a.a.O. (Fußnote 85).

87 Beemelmans, RabelsZ 29 (1965), S. 524; ähnlich Lagarde, mit der Begründung, die Legalzession zugunsten des Sozialversicherungsträgers entspringe nicht dessen "ius imperii", sondern dessen "ius gestionis", Lagarde, Revue cr. de dr. int. pr. 59 (1970), S. 698.

- 2) Andere Autoren meinen, es sei unerheblich, ob die Legalzession anordnende Norm dem privaten oder dem öffentlichen Recht zuzuordnen sei, da sich die Trennung in privates und öffentliches Versicherungsrecht und der Grundsatz der Nichtanwendung ausländischen öffentlichen Rechts gerade hier als wenig sinnvoll erweise⁸⁸.
- 3) Als weitere Begründung wird angeführt, daß der Regreß des Sozialversicherungsträgers zwar unter Umständen vom ausländischen öffentlichen Recht angeordnet werde; da seine Durchführung aber mittels eines privatrechtlichen Instituts, der Subrogation, besorgt werde, trete die Frage, ob ausländisches öffentliches Recht im Inland zu beachten sei, gar nicht auf⁸⁹.
- 4) Ein Teil der Literatur und Rechtsprechung geht von dem Grundsatz aus, daß ausländisches öffentliches Recht nur in dem Staat gelte, der es erlassen habe, daß aber in bestimmten Fällen von diesem Grundsatz abgewichen werden müsse.
 - a) Das schweizerische Bundesgericht⁹⁰ berücksichtigt deshalb die von einer ausländischen öffentlichrechtlichen Norm angeordnete Legalzession dann, wenn diese das im Inland anwendbare

88 Vischer, S. 244, Fußnote 1, ähnlich Laberenz, S. 111 ff., der darauf hinweist, daß sich der Sozialversicherungsträger sowohl beim Erwerb der Forderung als auch bei ihrer Geltendmachung in einer dem privatrechtlichen Versicherer vergleichbaren Stellung befinde.

89 Mayer Doris Maria, S. 66; ähnlich Keller, SJZ 1975, S. 329, Fußnote 120.

90 BGE 107 II (1981), S. 489 ff. (492).

ausländische Privatrecht unterstützt, insbesondere in das Privatrecht oder in privatrechtliche Verhältnisse vorwiegend oder ausschließlich zum Schutz privater Interessen eingreift. Nachdem es diese Voraussetzung im konkreten Fall bejaht hat, prüft das schweizerische Bundesgericht zusätzlich, ob nach dem gemäß den Regeln des schweizerischen internationalen Privatrechts anwendbaren Recht eine Legalzession eingetreten sei.

- b) Wengler läßt die Anwendung einer ausländischen öffentlichrechtlichen Norm, die eine Legalzession anordnet, nur im Falle der Gegenseitigkeit in Bezug auf die Anwendung entsprechender Gesetze des Forumstaates durch das betreffende ausländische Gericht zu⁹¹.

5) Behandlung dieser Fälle durch das Übereinkommen:

Über die Anwendbarkeit einer ausländischen öffentlichrechtlichen Norm, die eine Legalzession anordnet, wird in dem Übereinkommen nichts gesagt. Auch die Quellen und die Literatur zu dem Übereinkommen enthalten hierzu keine Stellungnahmen. In Art. 7 Abs. 1 des Übereinkommens ist allerdings eine Kollisionsnorm über die Anwendbarkeit zwingender ausländischer Eingriffsnormen enthalten⁹².

91 Wengler, § 26 d (S. 658), sowie § 26, Fußnote 22 (S. 1048); im Ergebnis ebenso Appellationsgericht Basel-Stadt, 27.12.1967, SJZ 1968, S. 135 ff.

92 Art. 7 Abs. 2 des Übereinkommens behandelt demgegenüber die Anwendung zwingender Vorschriften der lex fori.

Danach können neben den zwingenden Normen des nach den Vorschriften des Übereinkommens berufenen Rechts unter bestimmten Umständen auch die zwingenden Normen dritter Staaten berücksichtigt werden. Der Begriff "zwingende Vorschriften" in Art. 7 Abs. 1 des Übereinkommens umfaßt sowohl zwingende Vorschriften privatrechtlicher als auch zwingende Vorschriften öffentlichrechtlicher Art⁹³. Damit wird durch Art. 7 Abs. 1 des Übereinkommens u.a. klar- gestellt, daß grundsätzlich jedenfalls die zwingen- den privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Vorschriften desjenigen Statuts anzuwenden sind, das nach dem Übereinkommen auf den betreffenden Sachverhalt anzuwenden ist, d.h. Art. 7 Abs. 1 erstreckt die Herrschaft des von dem Übereinkommen berufenen Statuts grundsätzlich sowohl auf öffent- lichrechtliche als auch auf privatrechtliche Ein- griffsvorschriften.

Art. 7 des Übereinkommens ist in der Literatur z.T. auf heftige Kritik gestoßen⁹⁴. V.a. wurde

93 Vgl. Firsching, S. 203, 204, und IPRax 1981, S. 40, Fuß- note 37; Siehr (zu Art. 7 des Vorentwurfs), AWD 1973, S. 578; Lando, European private international law of obligations, S. 141 ff.

94 Vgl. z.B. Firsching, IPRax 1981, S. 40; Coing, WM 1981, S. 810 ff.; Mann, Festschrift für Beitzke, S. 607; Heini, ZSR 100, 1 (1981), S. 69, 75 f.; Palandt/Heldrich, Vorbem. 4 b, cc vor Art. 12 EGBGB; zu Art. 7 des Vorentwurfs: Kegel/ Seidl-Hohenveldern, S. 245 f.; Nadelmann, Am J. of comp. law quarterly, 1976, S. 7; König, Europarecht, 1975, S. 309; v. Hoffmann, European private international law of obli- gations, S. 14 - 20; in derselben Publikation äußern sich ebenfalls kritisch zu Art. 7 des Vorentwurfs: Austrian Ministry of Justice (S. 80 f.), Drobnig (S. 82 ff.), Graue (S. 100), Hartley, S. 111 ff., Lando, S. 141 ff.

vorgetragen, daß Art. 7 eine nichtvertretbare Rechtsunsicherheit zur Folge hätte, weil die Parteien die von der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe abhängige und im freien Ermessen des Richters stehende Anwendung von zwingenden Vorschriften eines Drittstaates nicht voraussehen könnten. Außerdem wurde kritisiert, daß die Vorschrift zu einer unzumutbaren Mehrbelastung der Gerichte führen würde, da diese jeweils ermitteln müßten, welche Vorschriften einer möglicherweise anzuwendenden Rechtsordnung zwingenden Charakter haben. Auf Vorschlag des deutschen Bundesrats⁹⁵ hat deshalb die deutsche Bundesregierung zugestimmt⁹⁶, den dem Art. 7 des Übereinkommens entsprechenden Art. 34 EGBGB-E zu streichen. Dementsprechend wäre dann bei der Ratifizierung des Übereinkommens der Vorbehalt gemäß Art. 22 des Übereinkommens gegen die Geltung des Art. 7 Abs. 1 zu erklären.

Art. 7 Abs. 1 des Übereinkommens wird deshalb aller Voraussicht nach in der BRD keine innerstaatliche Geltung erlangen. Damit bleibt auch nach dem Inkrafttreten des deutschen IPRG und nach der Ratifizierung des Übereinkommens die Frage offen, ob eine von einer ausländischen öffentlichrechtlichen Norm angeordnete Legalzession anzuerkennen ist.

95 BR-Drucksache 222/83 (Beschluß), S. 9 = BT-Drucksache 10/504, S. 100 und BT-Drucksache 10/503, S. 83.

96 BT-Drucksache 10/504, S. 101 und BT-Drucksache 10/503, S. 84.

6) Eigene Stellungnahme:

Der von der herrschenden Meinung befürworteten Anwendung einer eine Legalzession anordnenden ausländischen öffentlichrechtlichen Norm ist zuzustimmen. Abzulehnen sind meiner Ansicht nach jedoch die hierfür vorgeschlagenen Lösungswege und Begründungen.

Auszugehen ist von der Tatsache, daß die Legalzession in bestimmten Fällen nicht durch eine privatrechtliche, sondern durch eine öffentlichrechtliche Norm angeordnet wird. Daran ändert auch nichts die Tatsache, daß die Legalzession selbst ein privatrechtliches Institut ist. Das der Legalzession zugrundeliegende sozialversicherungsrechtliche oder dienstrechtliche Verhältnis zwischen Gläubiger und Zessionar ist jedenfalls nicht fiskalischer, sondern öffentlichrechtlicher Art. Damit muß auch die in Vollzug dieses Verhältnisses eine Legalzession anordnende Norm als öffentlichrechtlich qualifiziert werden.

Somit stellt sich die Frage der Anwendbarkeit ausländischen öffentlichen Rechts.

- a) Unproblematisch ist die Anwendung der von einer ausländischen öffentlichrechtlichen Norm angeordneten Legalzession in den Fällen, in denen sie durch eine zwischenstaatliche Vereinbarung anerkannt wird. Eine solche, die Legalzession eines ausländischen Sozialversicherungsträgers anerkennende zwischenstaatliche Vereinbarung ist für einen Teilbereich der Sozialversicherung in Art. 93 Abs. 1 der für die Staaten der Europäischen

Gemeinschaften geltenden Verordnung Nr. 1408/71⁹⁷ enthalten⁹⁸.

- b) Leitentscheidung zur Anwendbarkeit ausländischen öffentlichen Rechts bildet bis heute ein Urteil des BGH vom 17.12.1959⁹⁹. Der BGH geht in dieser Entscheidung von dem Grundsatz aus, daß das öffentliche Kollisionsrecht von der Vorstellung beherrscht werde, daß die Bestimmungen des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht über die Landesgrenzen des rechtsetzenden Staates hinaus wirken. Die Gerichte der BRD hätten ausländisches öffentliches Recht allerdings dann zu beachten und zu vollziehen, wenn und soweit die Behörden des betreffenden ausländischen Staates in der Lage wären diese öffentlichrechtlichen Vorschriften durchzusetzen. Allerdings sei es nicht undenkbar, daß ausländischen öffentlichrechtlichen Vorschriften, die ausschließlich oder vorwiegend dem Schutz oder

97 EG-Wanderarbeiterverordnung vom 14.06.1971 (in Kraft seit 01.10.1972), die die alte Verordnung Nr. 3 vom 09.12.1957 ablöst; die alte Verordnung hatte die Anerkennung von Legalzessionen zugunsten ausländischer Sozialversicherer in Art. 52 geregelt.

98 Ein ähnliches Abkommen besteht auch zwischen der BRD und Griechenland, BGBI. 1963 II, S. 679, 701 (Anerkennung der Legalzession in Art. 53), vgl. Pouliadis, IPRax 1983, S. 312, Fußnote 1.

99 BGHZ 31, S. 367 = NJW 1960, S. 1101 = AWD 1960, S. 71 = JR 1960, S. 261 = WM 1960, S. 370.

den Interessen der einzelnen dienen oder einen billigen Ausgleich zwischen ihnen bezwecken, unter bestimmten Voraussetzungen nicht jeder Einfluß auf inländische Privatrechtsverhältnisse abzusprechen sei¹⁰⁰.

Ohne auf diese Grundsätze zur Anwendung ausländischen öffentlichen Rechts einzugehen hat der BGH allerdings eine ausländische öffentlichrechtliche Norm, die eine Legalzession anordnet, angewandt¹⁰¹.

Bei Zugrundelegung der vom BGH zur Anwendung ausländischen öffentlichen Rechts aufgestellten Grundsätze ließe sich diese Anwendung der die Legalzession anordnenden ausländischen öffentlichrechtlichen Norm möglicherweise damit rechtfertigen, daß diese die Legalzession anordnende Norm nicht isoliert gesehen werden kann von dem Leistungsanspruch, den das ausländische öffentliche Recht dem Zedenten gewährt und daß, da somit diese Vorschrift vorwiegend dem Schutz der Interessen des einzelnen dient, der Grundsatz der Unanwendbarkeit ausländischen öffentlichen Rechts einer Anwendung dieser Vorschrift

100 Diesen Aspekt, ob die fragliche Maßnahme oder Vorschrift vorwiegend dem Schutz oder den Interessen der einzelnen dienen oder einen billigen Ausgleich unter ihnen bezwecken soll, stellt Firsching in den Vordergrund und fordert, daß in diesem Fall der übliche international privatrechtliche Gedankengang anzustellen sei, Firsching, § 36.

101 BGH, 26.04.1966, a.a.O. (oben S. 190 , Fußnote 83).

ausnahmsweise nicht entgegensteht¹⁰².

- b) In der Literatur ist die Anwendbarkeit ausländischen öffentlichen Rechts heftig umstritten¹⁰³. Die Tendenz geht wohl dahin, den Territorialitätsgrundsatz abzulehnen und durch konkrete Formulierung von Kollisionsnormen für das öffentliche Recht zu ersetzen¹⁰⁴.

Eine Erörterung der einzelnen hierzu gemachten Lösungsvorschläge würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Im Hinblick auf die Besonderheit des

102 So sinngemäß das schweizerische Bundesgericht, BGE 107 II (1981), S. 492.

Weitergehend als der BGH fordert Frank eine Anwendung ausländischen öffentlichen Rechts, wenn ein ausländischer Staat versucht, Geld- oder geldwerte Ansprüche einzuklagen, die ihren Ursprung in einem Tätigwerden des betreffenden Staates auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge haben, vgl. Frank, RabelsZ 34 (1970), S. 70 ff. (76).

103 Zum Stand der Meinungen vgl. Staudinger/Firsching, Rdn. 366 ff. vor Art 12 EGBGB.

104 Vgl. z.B. Wengler, IntRDipl 1956, S. 204, 206; Kegel/Seidl-Hohenveldern, S. 252 ff.; Vogel, S. 142 ff.; Münchener Kommentar/Sonnenberger, Einleitung, Rdn. 228; Frank, RabelsZ 34 (1970), S. 59 ff.

hier interessierenden Falles der durch eine ausländische öffentlichrechtliche Norm angeordneten Legalzession genügt es vielmehr festzustellen, daß die herrschende Meinung bei der Beurteilung von öffentlichrechtlichen Normen mit privatrechtsgestaltender Wirkung für Schuldverhältnisse an die privatrechtlichen Rechtsfolgen dieser Normen anknüpft und diese deshalb grundsätzlich¹⁰⁵ jedenfalls dann anwendet, wenn sie der *lex causae* angehören¹⁰⁶. Die Besonderheit der hier interessierenden Fälle

105 Vorbehaltlich des inländischen *ordre public*.

106 Mann, Festschrift für Wahl, S. 139; Koepfel, S. 28; Raape, S. 463, 540; Rabel, *RabelsZ* 10 (1936), S. 493; Wolff, S. 162; Firsching, S. 204; Palandt/Heldrich, Vorbem. 4 b, bb vor Art. 12 EGBGB; Vischer, S. 190, 211; Heini, *ZSR* 100, 1 (1981), S. 66; ebenso Art. 7 Abs. 1 des IPR-VertragsÜ, der neben zwingendem Recht (privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Art) des Vertragsstatuts aber unter Umständen auch die Berücksichtigung von zwingendem Recht dritter Staaten zuläßt, vgl. hierzu, Firsching, *IPRax* 1981, S. 40, Firsching, *IPR*, S. 203, 204; Lando, *European private international law of obligations*, S. 141 ff. Art. 7 Abs. 1 des IPR-VertragsÜ wird allerdings, wie bereits erwähnt (oben, S. 195 in der BRD keine innerstaatliche Geltung erlangen.

liegt nun darin, daß eine öffentlichrechtliche Norm einen privatrechtlichen Vorgang (eine Legalzession) anordnet und eine spezielle internationalprivatrechtliche Kollisionsnorm vorhanden ist, die an diesen privatrechtlichen Vorgang anknüpft und ihn einer bestimmten Rechtsordnung (dem Zessionsgrundstatut) unterstellt. Ebenso aber wie die herrschende Meinung bei der Beurteilung öffentlichrechtlicher Normen mit privatrechtlichen Rechtsfolgen für ein Schuldverhältnis an die privatrechtlichen Rechtsfolgen dieser Normengattung anknüpft und diese Normen stets dann anwendet, wenn sie der *lex causae* angehören, muß meines Erachtens auch bei den hier interessierenden öffentlichrechtlichen Normen an deren privatrechtliche Rechtsfolgen angeknüpft und müssen diese Normen vorbehaltlich des inländischen *ordre public* stets dann angewendet werden, wenn sie der von der speziellen Kollisionsnorm berufenen Rechtsordnung¹⁰⁷ (hier dem Zessionsgrundstatut) angehören. Daraus folgt, daß einer vom Zessionsgrundstatut angeordneten Legalzession auch dann Folge zu leisten ist, wenn die die Legalzession anordnende Norm als öffentlichrechtlich einzustufen ist.

107 So ausdrücklich Heini, ZSR 100, 1 (1981), S. 66 und Art. 13 des schweizerischen IPRG-entwurfs.

Viertes Kapitel

Zessionsstatut und Einheitsrecht

I) Einführung:

Am 16.04.1974 ist in Ausführung des Haager Kaufrechts-
übereinkommens vom 01.07.1964 das einheitliche Gesetz
über den internationalen Kauf beweglicher Sachen vom
17.07.1973 im Verhältnis zwischen der Bundesrepublik
und Belgien, Großbritannien, Israel (seit 1980), Italien, den
Niederlanden und San Marino in Kraft getreten¹⁰⁸.

Dieses Gesetz regelt die Verpflichtungen der Parteien
eines Kaufvertrags, die ihre Niederlassung in verschie-
denen Vertragsstaaten haben, soweit die Parteien die
Geltung des EKG nicht ausdrücklich oder stillschwei-
gend ausgeschlossen haben¹⁰⁹.

Das EKG tritt in diesem Falle an die Stelle der sonst
durch die Kollisionsnormen der lex fori zur Entschei-
dung berufenen nationalen Rechtsordnung.

II) Problemstellung:

Zwischen dieser einheitlichen Regelung des EKG und
den Kollisionsnormen der Art. 12 und 13 des IPR-Ver-
tragsübereinkommens zur Anknüpfung der Forderungsab-
tretung und der Legalzession ergeben sich Berührungs-
punkte in folgenden Fällen:

- beim Kauf einer Forderung,
- bei der Erfüllung eines Kaufvertrags durch Abtretung
eines gegen einen Dritten gerichteten Herausgabeans-
pruchs,

108 BGBI. 1973 II, S. 856.

109 Vgl. Art. 1, 3 - 8 EKG.

- bei der Abtretung oder Legalzession einer nach dem EKG begründeten Forderung.

Es erhebt sich die Frage, welche materiellen oder kollisionsrechtlichen Vorschriften des EKG oder des IPR-Vertragsübereinkommens in diesen Fällen anzuwenden sind.

1) Kauf einer Forderung:

Beim Kauf einer Forderung ergibt sich schon aus Art. 1 Abs. 1 EKG, daß dieser Fall nicht unter den Anwendungsbereich des EKG fällt, denn dieses ist nur auf Kaufverträge über bewegliche Sachen, nicht aber auf Kaufverträge über Forderungen anwendbar.

Es verbleibt somit in diesem Fall mangels einheitlicher Regelung bei der Anwendung der Kollisionsregeln¹¹⁰ über die Forderungsabtretung, gegebenenfalls also bei der Anwendung der Art. 12 und 13 des IPR-Vertragübereinkommens¹¹¹.

2) Erfüllung eines Kaufvertrags durch Abtretung eines gegen einen Dritten gerichteten Herausgabeanspruchs:

Bei der Erfüllung eines Kaufvertrags durch Abtretung eines gegen einen Dritten gerichteten Herausgabeanspruchs handelt es sich um einen Fall, der zumindest auf den ersten Blick in den Anwendungsbereich

110 und der von diesen Kollisionsregeln berufenen nationalen Rechtsordnung.

111 d.h., falls nach der lex fori das IPR-Vertragsübereinkommen anzuwenden ist.

des EKG fällt, da er mit den Rechten und Pflichten der Kaufvertragsparteien zusammenhängt¹¹². Das EKG selbst enthält aber keinerlei Regelung über die Abtretung eines Herausgabeanspruchs. Es liegt deshalb scheinbar eine Regelungslücke innerhalb des Anwendungsbereichs des EKG vor¹¹³.

a) Ausfüllung von Regelungslücken des EKG:

Die Ausfüllung von Regelungslücken des EKG ist außerordentlich umstritten. Das EKG enthält hierzu in Art. 17 eine Vorschrift, die bestimmt, daß Fragen, die ein im EKG geregeltes Rechtsgebiet betreffen, aber durch das EKG nicht ausdrücklich entschieden werden, nach den allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden sind, die dem EKG zugrundeliegen.

112 Vgl. Art. 8 EKG.

113 Wie noch zu zeigen sein wird, handelt es sich in diesem Fall aber in Wahrheit gar nicht um eine Lücke in der beabsichtigten Regelung des EKG, da die Abtretung einer Forderung, auch wenn sie zur Erfüllung einer kaufvertraglichen Verpflichtung erfolgt, ein im ganzen nicht vom EKG geregeltes Rechtsgebiet im Sinne von Art. 8, S. 2 EKG ist, das somit gar nicht in den Anwendungsbereich des EKG fällt und deshalb nach allgemeinen Kollisionsregeln zu beurteilen ist, vgl. dazu unten, S. 217.

aa) Die herrschende Meinung:

(1) Kein Rückgriff auf nationales Kollisionsrecht:

Von der herrschenden Meinung wird Art. 17 EKG so ausgelegt, daß bei der Ausfüllung von Lücken im Regelungsbereich des EKG der Rückgriff auf Kollisionsrecht ausgeschlossen sein soll¹¹⁴. In diesem Zusammenhang wird auf Art. 2 EKG verwiesen, der bestimmt, daß bei Anwendung des EKG die Regeln des IPR ausgeschlossen sind, soweit das EKG selbst nicht etwas anderes bestimmt. Hieraus wird geschlossen, daß eine Ausfüllung von Lücken des EKG niemals mit Hilfe des Kollisionsrechts erfolgen dürfe¹¹⁵.

(2) Rechtsfortbildung durch Heranziehung der allgemeinen Grundsätze des EKG:

Lücken des EKG sollen nach der h.M. vorrangig durch Heranziehung der allgemeinen Grundsätze des EKG geschlossen werden. Die Formulierung des Art. 17 schließe sowohl die Möglichkeit einer Analogie, als auch die Rechtsfortbildung des EKG im Wege der Heranziehung der allgemeinen Grundsätze des EKG ein. Als solche allgemeinen Grundsätze werden beispielhaft

114 Vgl. Mertens/Rehbinder, Art. 17, Rdn. 2; Dölle, Festschrift für Ficker, S. 138 f.; Kropholler, RabelsZ 38 (1974), S. 380; Dölle/Wahl, Art. 17 Rdn. 13.

115 Dölle/Wahl, Art. 17, Rdn. 13 ff.; Dölle/Herber, Art. 2, Rdn. 13.

benannt der Grundsatz von Treu und Glauben, der Vertragsfreiheit und Wirksamkeit privater Rechtsgestaltung, des Abstellens auf das Verhalten einer vernünftigen Person, der Natur der Sache, der Formlosigkeit, der Güterabwägung¹¹⁶.

(3) Rechtsfortbildung auf der Grundlage der Rechtsvergleichung:

Die Allgemeinheit der genannten Rechtsgrundsätze zeigt schon, daß diese wohl nur in den seltensten Fällen geeignet sein werden, konkrete Folgerungen für die Ausfüllung einer Regelungslücke zu ziehen. Darüberhinaus besteht die Gefahr, daß der Richter unter dem Mantel einheitlicher Rechtsfortbildung auf der Grundlage der allgemeinen Grundsätze des EKG in Wahrheit spezifische Rechtsvorstellungen seines eigenen Rechts zur Geltung bringt. Aus diesem Grund wird von der herrschenden Meinung als subsidiäre Möglichkeit der Ausfüllung von Lücken des EKG die richterliche Rechtsfortbildung des EKG auf der Grundlage der Rechtsvergleichung postuliert.

In einem Fall, in dem sich den allgemeinen Grundsätzen des EKG für die konkrete Falllösung nichts entnehmen lasse, müsse der Richter "in sorgfältiger, rechtspolitisch orientierter Rechtsvergleichung mit derselben Methode, der sich der Gemeinschaftsgesetzgeber bedient hat, die 'beste Lösung' zu gewinnen suchen"¹¹⁷.

116 Dölle/Wahl, Art. 17, Rdn. 58 ff.

117 Dölle, Festschrift für Ficker, S. 145.

Die Vertreter der herrschenden Meinung begründen ihre Auffassung damit, daß zum einen Art. 2 einen Rückgriff auf das Kollisionsrecht ausschließe, und zum anderen ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Einheitsrechts und auch des EKG bestehe, der aus Gründen der inneren Harmonie des Einheitsrechts auf eine rechtseinheitliche Rechtsfortbildung des Einheitsrechts gerichtet sei¹¹⁸.

bb) Eigene Stellungnahme zur herrschenden Meinung:

(1) Rechtsfortbildung durch Heranziehung der allgemeinen Grundsätze des EKG:

Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Art. 17 EKG¹¹⁹ weisen eindeutig darauf hin, daß sowohl die Auslegung des EKG, als auch die Ausfüllung von Lücken¹²⁰ des EKG nach den allgemeinen

118 Mertens/Rehbinder, Art. 17, Rdn. 2, 24 ff.; Dölle/Herber Art. 2, Rdn. 13; Dölle/Wahl, Art. 17, Rdn. 13 ff.

119 Vgl. hierzu Dölle/Wahl, Art. 17, Rdn. 8 - 12.

120 Zwar spricht Art. 17 nicht von Auslegung, sondern nur von Lückenfüllung, doch schon bei den Vorarbeiten zum EKG wurden Auslegung und Lückenfüllung nicht getrennt, vgl. Mertens/Rehbinder, Art. 17, Rdn. 3. Außerdem lassen sich Auslegung und Lückenfüllung methodisch ohnehin nicht klar voneinander abgrenzen, vgl. Esser, S. 174 f., Mertens/Rehbinder, Art. 17, Rdn. 15.

Grundsätzen des EKG zu erfolgen hat. Das EKG ist aus sich selbst heraus auszulegen und zu ergänzen. Angesichts der Schwierigkeit, dem EKG solche allgemeinen Grundsätze zu entnehmen, und angesichts dessen, daß sich aus diesen allgemeinen Grundsätzen des EKG nur in Ausnahmefällen konkrete Folgerungen für die Rechtsfortbildung ziehen lassen werden, mag man die Vorschrift des Art. 17 EKG kritisieren¹²¹ und deshalb für künftiges Einheitsrecht andere Grundsätze der Auslegung und Lückenfüllung postulieren; für das EKG muß diese Regelung jedoch als verbindlich hingenommen werden.

(2) Rechtsfortbildung auf der Grundlage der Rechtsvergleichung:

In der weiteren Frage, wie eine Ausfüllung von Lücken des EKG zu erfolgen hat, wenn sich aus den allgemeinen Grundsätzen des EKG für die konkrete Falllösung nichts entnehmen läßt, kann jedoch meines Erachtens der herrschenden Meinung nicht gefolgt werden. Diese verlangt in einem solchen Fall von dem zur Entscheidung berufenen Gericht, das EKG auf der Grundlage der Rechtsvergleichung fortzubilden¹²².

(a) Standpunkt des EKG zu dieser Frage:

Das EKG selbst schreibt die Ausfüllung von Lücken auf der Grundlage der Rechtsvergleichung meiner Meinung nach weder ausdrücklich, noch stillschweigend vor.

121 Vgl. z.B. Neumayer, Festschrift für v. Caemmerer, S. 969 - 976.

122 Vgl. oben, S. 205 ff.

Art. 17 verweist zur Lückenfüllung lediglich auf die allgemeinen Grundsätze des EKG, nicht aber auf den Weg der Rechtsvergleichung. Mit diesen allgemeinen Grundsätzen können meines Erachtens nur Grundsätze gemeint sein, die sich auf materielles Kaufrecht beziehen, wie z.B. der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der Wirksamkeit privater Rechtsgestaltung, der Formlosigkeit etc., nicht aber Grundsätze, die sich allgemein auf das Einheitsrecht beziehen, wie etwa der Grundsatz der rechtseinheitlichen Rechtsfortbildung von Einheitsrecht im Wege der richterlichen Rechtsvergleichung. Man würde Art. 17 Gewalt antun, wollte man ihn auch als eine Verweisung auf diesen (angeblichen) Grundsatz des Einheitsrechts verstehen, der (angeblich) den Regeln des EKG zugrundeliegt. Über die Frage der Lückenausfüllung im Einheitsrecht herrschen sehr unterschiedliche Auffassungen, die auch bei der Haager Konferenz zutagegetreten sind. Die Vorschläge der Vereinigten Staaten und der Niederlande, eine ausdrückliche Regelung in das EKG aufzunehmen, daß Lücken durch richterliche Rechtsvergleichung zu schließen seien, wurde von der Konferenz nicht angenommen¹²³. Ebenfalls abgelehnt wurde der Vorschlag der deutschen

123 Riese, RabelsZ 29, S. 30; Mertens/Rehbinder, Art. 17, Rdn. 24; Mertens/Rehbinder schließen aus dieser Ablehnung allerdings nur, daß der Lückenfüllung durch Heranziehung der allgemeinen Grundsätze der Vorrang vor der rechtsvergleichenden Methode gebühre.

Delegation, zur Lückausfüllung auf das Kollisionsrecht zurückzugreifen¹²⁴. Mir scheint deshalb, daß die Sachverständigenkommission die Frage, ob innerhalb des Anwendungsbereichs des Einheitsrechts zur Lückenfüllung ein Rückgriff auf das Kollisionsrecht zulässig sein soll, oder ob die Lückenfüllung im Wege der rechtsvergleichenden Rechtsfortbildung erfolgen soll, bewußt nicht im EKG geregelt, sondern die Lösung dieses allgemeinen Problems des Einheitsrechts der Rechtsprechung und Literatur überlassen hat. Nur so läßt es sich erklären, daß auf der Konferenz sowohl der Vorschlag der deutschen Kommission, zur Lückenausfüllung auf das Kollisionsrecht zurückzugreifen, als auch die entgegengesetzten Vorschläge der Vereinigten Staaten und der Niederlande, Lücken im Wege der Rechtsvergleichung zu schließen, keine ausdrückliche Regelung im EKG gefunden haben. Die Behauptung, das EKG statuiere einen Grundsatz der rechtseinheitlichen Rechtsfortbildung im Wege der Rechtsvergleichung entspringt meines Erachtens deshalb eher einem Wunschenken der Verfechter dieses Grundsatzes als der Realität.

Auch aus der Vorschrift des Art. 2 EKG läßt sich nichts zur Stützung dieses Grundsatzes entnehmen.

¹²⁴ Vgl. Riese, RabelsZ 29, S. 30.

Art. 2 ordnet an, daß soweit das EKG nichts anderes bestimmt, bei seiner Anwendung die Regeln des IPR ausgeschlossen sind¹²⁵. Demnach sollen die Regeln des IPR nur "bei Anwendung" des EKG ausgeschlossen sein. Geht es um die Ausfüllung von Lücken des EKG, die auch nicht nach den allgemeinen (kaufrechtlichen) Grundsätzen des EKG entschieden werden können, dann kann das EKG aber gerade nicht angewendet werden, da es für diesen Fall keine ausdrückliche und meiner Meinung nach auch keine stillschweigende Regelung

125 Mit dieser Regelung sollte eine allgemeine Vorschaltung des IPR ausgeschlossen werden. Eine solche Vorschaltung des IPR hätte bedeutet, daß das EKG immer nur dann anwendbar gewesen wäre, wenn die Kollisionsnormen der *lex fori* auf die Rechtsordnung eines Vertragsstaates verwiesen hätten. Durch Art. 2 ist gewährleistet, daß das EKG immer dann unmittelbar angewandt wird, wenn das zur Entscheidung berufene Gericht dasjenige eines Vertragsstaats ist und die weiteren Voraussetzungen der Art. 1 - 8 EKG erfüllt sind. Darüberhinaus ist das EKG auch dann auf dem Umweg über das Kollisionsrecht anwendbar, wenn das zur Entscheidung berufene Gericht dasjenige eines Nichtvertragsstaats ist, das Kollisionsrecht der *lex fori* jedoch auf die Rechtsordnung eines Vertragsstaats verweist und die weiteren Voraussetzungen der Art. 1 - 8 EKG erfüllt sind.

getroffen hat. Die Regeln des IPR sind in diesen Fällen somit auch nicht durch Art. 2 ausgeschlossen.

(b) Allgemeine Grundsätze zur Ausfüllung von Regelungslücken des Einheitsrechts:

(aa) Grundsatz der inneren Harmonie des Einheitsrechts:

Der Grundsatz der inneren Harmonie des Einheitsrechts gebietet meines Erachtens nicht eine richterliche Rechtsvergleichung. Der mit dem Grundsatz der inneren Harmonie des Einheitsrechts verfolgte Zweck liegt darin, zu einem möglichst geschlossenen Kreis einheitlicher Regeln zu gelangen und einen Einbruch der mit dem nationalen Recht verbundenen Rechtsverschiedenheiten zu vermeiden.

Diese Intention erweist sich aber spätestens dann als Illusion, wenn sich die richterliche Rechtsfortbildung des EKG auf der Grundlage der Rechtsvergleichung in der Judikatur verschiedener Vertragsstaaten unterschiedlich entwickelt.

Eine rechtsvergleichende Rechtsfortbildung des EKG verlangt von dem zur Entscheidung berufenen nationalen Gericht, daß es die Rechtsordnungen der Vertragsstaaten daraufhin untersucht, ob dort der noch offenstehende Fall behandelt und entschieden ist und zu

prüfen, ob sich aus dem Ergebnis dieser Untersuchung eine gemeinsame Lösung aufdrängt, oder sich die Überlegenheit einer Lösung ergibt, oder ob etwa eine Kombination von Teilen verschiedener nationaler Lösungen eine neue, allen untersuchten überlegene Lösung nahelegt.

Dies ist eine Aufgabe, mit der sich die Sachverständigenkommissionen mit Experten aus verschiedenen Ländern oft jahrelang beschäftigen und mit der ein nationales Gericht regelmäßig überfordert sein wird¹²⁶.

Die Tatsache, daß eine solche vom nationalen Gericht vorzunehmende Untersuchung und Abwägung sehr häufig zu keinem Ergebnis führen wird und deshalb eine Lösung nur im Wege des Kompromisses möglich sein wird, muß zwangsläufig zu einer unterschiedlichen Entwicklung der Rechtsfortbildung in den einzelnen Vertragsstaaten führen, sodaß die innere Harmonie des Einheitsrechts gerade gestört wäre. Als Folge einer solchen unterschiedlichen Rechtsfortbildung des Einheitsrechts in den einzelnen Vertragsstaaten besteht dann die Gefahr des "forum shopping", die solange nicht gebannt werden kann, als kein den nationalen Gerichten übergeordnetes internationales Gericht vorhanden ist. Um einer solchen Entwicklung Einhalt gebieten zu können, fordert

126 Vgl. Neumayer, Festschrift für Cohn, S. 168; Neumayer, Festschrift für v. Caemmerer, S. 973 ff.; Mann, JZ 1975, S. 17.

Kropholler¹²⁷, daß das IPR dann wieder in seine Rechte treten müsse, wenn sich das gewünschte Ziel einer einheitlichen materiellen Lösung trotz pflichtgemäßem Bemühen nicht erreichen lasse. Eine befriedigende formale Begründung hierfür aus dem EKG vermag Kropholler allerdings nicht zu bieten und seine Lösung leidet darüberhinaus an der Schwäche, daß nicht feststellbar sein wird, wann das Ziel einer einheitlichen materiellen Lösung als gescheitert anzusehen ist, da sich die Rechtsprechung in den verschiedenen Vertragsstaaten ändern und aneinander anpassen kann¹²⁸.

(bb) Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit und Grundsatz der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit:

(aaa) Die Rechtsidee des internationalen Privatrechts fußt auf dem Grundsatz, daß, solange materielle Gerechtigkeit auf der Grundlage einer einheitlichen internationalen Rechtsordnung nicht möglich ist, zumindest internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit durch Anwendung derjenigen Rechtsordnung, zu der ein bestimmter Lebenssachverhalt den engsten Bezug hat, erreicht werden soll.

Internationales Privatrecht stößt aber dann an seine Grenzen, wenn (in einem konkreten Fall) mehrere Rechtsordnungen mit gleicher Intensität ihre Anwendung beanspruchen (Statutenkollision). In einem solchen Fall,

127 Kropholler, RabelsZ 1974, S. 383.

128 Dölle/Herber, Art. 2, Rdn. 13.

in dem internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit mit Hilfe des Kollisionsrechts nicht mehr erreichbar ist, muß deshalb auf das materielle Recht der beteiligten Rechtsordnungen zurückgegriffen und versucht werden, im Wege der Angleichung, notfalls auch durch einen Kompromiß zwischen den materiellen Regelungen der beteiligten Rechtsordnungen eine der Billigkeit entsprechende Lösung zu finden¹²⁹.

(bbb) Einheitsrecht verfolgt dem gegenüber das Ziel einheitlicher materieller Gerechtigkeit.

Wegen der großen Gefahr der unterschiedlichen richterlichen Rechtsfortbildung des EKG, die mit einer Lückenausfüllung auf der Grundlage der Rechtsvergleichung verbunden wäre, zumindest solange sich kein internationales Gericht dieser Lückenausfüllung anzunehmen hat und wegen der damit verbundenen Gefahr des "forum shopping" wäre mit der richterlichen Rechtsfortbildung des Einheitsrechts auf der Grundlage der Rechtsvergleichung eine erhebliche Rechtsunsicherheit verbunden¹³⁰. Das Einheitsrecht stößt an diesem Punkt an seine Grenzen, da sich mit seiner Hilfe vorausberechenbare Entscheidungen nicht mehr erreichen lassen. In einem solchen Fall, in dem materielle Gerechtigkeit mit Hilfe des Einheitsrechts nicht mehr erreichbar ist, sollte

129 Aus diesem Grund wurde auch in dem oben erwähnten Fall der Statutenkollision (z.B. Bei der Überversicherung durch Mehrfachversicherung) eine Lösung im Wege der Angleichung gesucht, vgl. oben S. 182 f.

130 Vgl. hierzu oben, S. 213 und die dort in Fußnote 126 angegebene Literatur.

auf das Kollisionsrecht zurückgegriffen werden, um zumindest internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit zu gewährleisten¹³¹.

- b) Anwendung dieser Grundsätze zur Ausfüllung von Lücken des EKG im Fall der Abtretung eines gegen einen Dritten gerichteten Herausgabeanspruchs zur Erfüllung einer kaufvertraglichen Forderung:

131 Dieselbe Lösung, wie sie hier zur Lückenfüllung des EKG vertreten wird, wird auch durch die ausdrückliche Regelung des Art. 7 Abs. 2 in dem am 11.04.1980 beschlossenen, aber noch nicht ratifizierten "UN-Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge" festgeschrieben. Dieses Übereinkommen, das einmal das EKG ersetzen soll, trifft in seinem Art. 7 eine dem Art. 17 EKG ähnliche Regelung für die Auslegung und die Lückenausfüllung, ergänzt diese Regelung jedoch dahin, daß bei Fehlen von allgemeinen Grundsätzen des Einheitsrechts das nach den Kollisionsregeln anwendbare Recht entscheiden soll. Wie hier auch Neumayer, Festschrift für v. Caemmerer, S. 977 und Mann, JZ 1975, S. 17 ff., der allerdings die allgemeinen Grundsätze des EKG zur Lückenfüllung überhaupt nicht heranziehen will und damit den Regelungsbereich des Art. 17 meines Erachtens zu eng zieht. Zu der hier vertretenen Lösung wird allerdings deshalb kein großer Unterschied bestehen, weil sich aus den allgemeinen Grundsätzen des EKG in den meisten Fällen nichts für eine konkrete Falllösung entnehmen lassen wird, vgl. oben, S. 204.

Im Ausgangsfall bedeutet dies, daß die Abtretung eines gegen einen Dritten gerichteten Herausgabeanspruchs zur Erfüllung einer kaufvertraglichen Forderung sich nicht nach dem EKG, sondern nach der durch das Kollisionsrecht der *lex fori* berufenen Rechtsordnung¹³² richtet.

Wie bereits oben erwähnt¹³³, wäre in diesem Fall die herrschende Meinung zur selben Lösung gekommen, da es sich bei der Abtretung einer Forderung, auch wenn sie zum Zwecke der Erfüllung eines Kaufvertrags erfolgt, um ein Rechtsgebiet handelt, das nicht in den Anwendungsbereich des EKG fällt, und somit gar keine echte Lücke in der beabsichtigten Regelung des EKG vorliegt. Zum Regelungsbereich des EKG gehören nach Art. 8 ausschließlich die aus dem Kaufvertrag entstehenden Pflichten des Verkäufers und des Käufers. Nach der Formulierung des Art. 8 S. 2 befaßt sich das EKG jedoch insbesondere weder mit dem Abschluß des Vertrages, noch mit dessen Wirkungen in Bezug auf das Eigentum an der verkauften Sache, noch mit der Gültigkeit des Vertrages oder der in diesem enthaltenen Bestimmungen, noch mit der Gültigkeit von Gebräuchen. Wie sich aus dem Wort "insbesondere" ergibt, ist diese Aufzählung nicht abschließend.

132 Dazu gehören auch die Art. 12 und 13 IPR-VertragsÜ, falls das Übereinkommen am Gerichtsort innerstaatliche Geltung hat.

133 Vgl. oben, S. 204, Fußnote 113.

Nach der herrschenden Meinung befaßt sich das EKG nur mit der Regelung von für die Parteien eines Kaufvertrags typischen Interessenskonflikten, nicht jedoch mit Problemen aus nicht-kaufrechtlichen Bereichen oder mit allgemein bürgerlichrechtlichen Problemen¹³⁴. Nach Dölle¹³⁵ kann man sich in Grenzfällen grundsätzlich daran orientieren, daß solche Materien nicht mit dem Recht des EKG verknüpft sind, für die schon immer eine vom allgemeinen Vertragsstatut abweichende Kollisionsnorm vorhanden ist. Danach fallen Forderungsabtretungen nicht in den Regelungsbereich des EKG, da sie nicht einen speziell für die Parteien eines Kaufvertrags typischen Interessenkonflikt betreffen und für sie schon immer eine vom allgemeinen Vertragsstatut des Kaufvertrags abweichende Kollisionsnorm vorhanden war¹³⁶.

3) Abtretung oder Legalzession einer nach dem EKG begründeten Forderung:

a) Zu dem selben Ergebnis muß man auch bei einer Be-

134 Vgl. Dölle/Herber, Art. 8, Rdn. 11.

135 Dölle/Wahl, Art. 17, Rdn. 24.

136 Vgl. speziell zur Abtretung eines Herausgabeanspruchs Dölle/Neumayer, Art. 97, Rdn. 12.

trachtung des oben erwähnten dritten Falles¹³⁷, der Abtretung oder Legalzession einer nach dem EKG begründeten Forderung, kommen.

Die Abtretung oder Legalzession einer solchen Forderung ist kein speziell kaufrechtliches, sondern ein allgemein bürgerlichrechtliches Problem, sodaß sie nicht in den Regelungsbereich des EKG fällt¹³⁸ und somit in einem Fall mit Auslandsberührung nach den Kollisionsnormen der lex fori, gegebenenfalls also nach den Art. 12 und 13 IPR-VertragsÜ anzuknüpfen ist.

- b) Die Besonderheit dieses Falles liegt jedoch darin, daß Art. 12 Abs. 2 des Übereinkommens und hinsichtlich bestimmter Fragen (Schuldnerschutzvorschriften) auch Art. 13 Abs. 1 des Übereinkommens auf dasjenige materielle Recht verweist, dem die übertragene Forderung unterliegt. In einem Fall, in dem eine nach dem EKG begründete kaufrechtliche Forderung übertragen wird, müßte somit auf Fragen im Zusammenhang mit der Forderungsübertragung und zum Teil auch auf Fragen im Zusammenhang mit dem gesetzlichen Forderungsübergang das EKG angewendet werden.

Eine Anwendung des EKG auf den Forderungsübergang ist jedoch nur möglich, solange es sich um Fragen handelt, die die kaufrechtlichen Verpflichtungen zwischen dem Schuldner und dem alten bzw. dem neuen Gläubiger betreffen, denn nur hierfür sind im EKG Vorschriften enthalten. Für zahlreiche Fragen hingegen, die nicht speziell kaufrechtlicher

137 Vgl. oben, S. 203.

138 Dölle/Herber, Art. 8, Rdn. 11.

Art sind, wie z.B. die Form der Abtretung, das Erfordernis einer Mitteilung an den Schuldner, die Einreden und Einwendungen des Schuldners etc. enthält das EKG keine Vorschriften.

Für diese Fragen bleibt meiner Meinung nach nur der Rückgriff auf diejenige Rechtsordnung, die auf die zu übertragende kaufvertragliche Forderung anzuwenden wäre, wenn diese nicht unter das EKG fallen würde. Nur durch die Anwendung dieser dem Fall nächstliegenden Rechtsordnung wird dem Gebot der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit Genüge getan¹³⁹. Ein Rückgriff auf allgemeine Grundsätze des EKG oder eine rechtsvergleichende richterliche Rechtsfortbildung des EKG dahingehend, daß in dieses auch einheitliche Vorschriften über den Forderungsübergang aufgenommen werden, scheidet aus, da es sich bei diesem Bereich nicht um speziell kaufrechtliche Fragen handelt und das EKG deshalb, auch bei Zugrundelegung der herrschenden Meinung zur Ausfüllung von Lücken des EKG, nicht auf eine Harmonisierung dieses Bereichs drängt¹⁴⁰.

Ein Rückgriff auf die lex fori ist zwar für den zur Entscheidung berufenen Richter bequem, dient aber nicht der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit¹⁴¹ und beinhaltet darüberhinaus die Gefahr des "forum shopping". Die Bestimmung derjenigen Rechtsordnung, die auf einen Kaufvertrag angewandt worden wäre, wenn dieser nicht dem

139 Heldrich, Festschrift für Ficker, S. 212 f.

140 Vgl. oben, S. 215 und 202, Fußnote 113.

141 Heldrich, Festschrift für Ferid, S. 217 ff.

EKG unterliegen würde, mag zwar im Einzelfall mangels einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung der Vertragsparteien schwierig sein.

Diese Schwierigkeiten rechtfertigen aber nicht einen Rückgriff auf die *lex fori*, da mit Hilfe der Schwerpunkttheorie¹⁴² immer eine Bestimmung der maßgeblichen Rechtsordnung möglich sein wird, deren Anwendung in aller Regel den berechtigten Interessen der Vertragsparteien eher entspricht, als die Anwendung der Rechtsordnung des zufälligen Gerichtsorts.

142 Die subsidiäre Anknüpfung an den Schwerpunkt des Vertrags wird auch von Art. 4 IPR-VertragsÜ vorgesehen.

Fünftes Kapitel

Abschließende Zusammenfassung

Abschließend soll zusammengefaßt werden, wie die eingangs gestellten Fragen¹⁴³ meines Erachtens zu beantworten sind.

- 1) Das IPR-VertragsÜ folgt in seinen Art. 12 und 13 im wesentlichen der bereits bislang in der BRD herrschenden Meinung zur Anknüpfung von Forderungsabtretung und Legalzession.

Eine Ausnahme gilt jedoch für die Anknüpfung des bei der Forderungsabtretung zwischen Zedent und Zessionar geschlossenen Verfügungsvertrags, dessen Zustandekommen und Wirksamkeit sich nicht wie nach der bisher in der BRD herrschenden Meinung und Gerichtspraxis nach dem Statut der abzutretenden Forderung richtet, sondern wie bei Schuldverträgen primär nach dem von Zedent und Zessionar gewählten Recht, sekundär nach dem objektiven Schwerpunkt dieses Vertrags.

- 2) Art. 13 des Übereinkommens regelt nicht die Anknüpfung der Legalzession von außervertraglichen Forderungen. Es erscheint aber angebracht, wie in Art. 33 IPRG-entwurf vorgesehen, die Regelung des Art. 13 des Übereinkommens auch auf die Legalzession außervertraglicher Forderungen zu erstrecken.

- 3) Art. 13 des Übereinkommens regelt nicht die Anknüpfung der Legalzession in den Fällen, in denen eine Rechtsordnung den gesetzlichen Forderungsübergang auf einen Dritten vorsieht, der den Gläubiger befriedigt hat, ohne dazu verpflichtet zu sein, und in den Fällen der "gewöhnlichen Legalzession", in denen eine Rechtsordnung den gesetzlichen Forderungsübergang auf einen

143 Oben, S. 4 ff.

Dritten vorsieht, ohne daß dieser den Gläubiger der Forderung befriedigt hat oder dazu verpflichtet ist. Es erscheint gerechtfertigt, die Regelung des Art. 13 des Übereinkommens sinngemäß auch auf diese Fälle zu erstrecken, sodaß der Eintritt der Legalzession in diesen Fällen an die für das Verhältnis zwischen Gläubiger und Drittem maßgebende Rechtsordnung anzuknüpfen ist.

- 4) In den Fällen, in denen einem Gläubiger mehrere Schuldner gegenüberstehen und in denen die für die Verpflichtungen dieser Schuldner maßgebenden Rechtsordnungen unterschiedlicher Ansicht darüber sind, auf welchem der Schuldner letztlich die Last verbleiben soll, ist das aus der Anknüpfung des Eintritts der Legalzession an das Zessionsgrundstatut folgende Ergebnis u.U. dann durch eine Billigkeitslösung zu korrigieren, wenn dieses Ergebnis der Regreßordnung des Forderungsstatuts widerspricht, da in diesem Fall das Zessionsgrundstatut und das Forderungsstatut in gleichem Maße zur Anwendung drängen.

Primär sind in diesen Fällen die materiellrechtlichen Vorschriften derjenigen Rechtsordnung zu ändern, in der dies am leichtesten möglich erscheint, etwa weil die in Frage stehenden Vorschriften keinen zwingenden Charakter haben oder dem Richter bei ihrer Anwendung ein Ermessen eingeräumt ist. Ist dies nicht möglich, so kommt als letzter Ausweg die Entwicklung einer fallbezogenen Richternorm (Sachnorm) in Betracht, die, soweit möglich, auf die vorgefundenen Sachnormen der beteiligten Statute Rücksicht zu nehmen hat.

- 5) Die von einer öffentlichrechtlichen Norm des Zessionsgrundstatuts angeordnete Legalzession zugunsten eines ausländischen Versorgungsträgers ist vorbehaltlich

des inländischen ordre public anzuerkennen. Dies ergibt sich daraus, daß nach der herrschenden Meinung an die privatrechtsgestaltende Wirkung solcher Normen anzuknüpfen ist. Ebenso wie nach der herrschenden Meinung auf Schuldverhältnisse die öffentlichrechtlichen privatrechtsgestaltenden Normen des Schuldstatuts anzuwenden sind, sind auf den Eintritt der Legalzession auch die öffentlichrechtlichen privatrechtsgestaltenden Vorschriften des Zessionsgrundstatuts anzuwenden.

- 6) Das Fehlen von Vorschriften über die Zession im einheitlichen Kaufgesetz hinsichtlich der Erfüllung eines Kaufvertrags durch Abtretung einer Forderung und hinsichtlich der Abtretung oder Legalzession einer nach dem EKG begründeten Forderung ist keine Regelungslücke des EKG. Es handelt sich dabei vielmehr nicht um ein speziell kaufrechtliches, sondern um ein allgemein bürgerlichrechtliches und somit um ein im EKG im ganzen nicht geregeltes Rechtsgebiet i.S.d. Art. 8 S. 2 EKG, das gar nicht in den Anwendungsbereich des EKG fällt und deshalb nach den allgemeinen Kollisionsregeln der lex fori, d.h. u.U. auch nach den Kollisionsnormen des IPR-Vertrags⁰ zu beurteilen ist.

Soweit nach diesen Kollisionsnormen auf die Abtretung oder Legalzession einer nach dem EKG begründeten Forderung das Statut dieser Forderung anzuwenden ist, ist, solange es sich um speziell kaufrechtliche Fragen handelt, das EKG anzuwenden. Soweit es hingegen um Fragen geht, die nicht speziell kaufrechtlicher Art sind, wie z.B. um die Form der Abtretung, das Erfordernis einer Mitteilung an den Schuldner etc., ist auf diejenige Rechtsordnung zurückzugreifen, die auf die zu übertragende kaufrechtliche Forderung anzuwenden

gewesen wäre, wenn diese nicht unter das EKG fallen würde, da solche Fragen nach Art. 8 S. 2 EKG gar nicht in den Anwendungsbereich des EKG fallen und deshalb das EKG auch nicht auf deren Harmonisierung drängt.

Anhang

Übereinkommen
über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht

...

Artikel 12

Übertragung der Forderung

- (1) Für die Verpflichtungen zwischen Zedent und Zessionar einer Forderung ist das Recht maßgebend, das nach diesem Übereinkommen auf den Vertrag zwischen ihnen anzuwenden ist.
- (2) Das Recht, dem die übertragene Forderung unterliegt, bestimmt ihre Übertragbarkeit, das Verhältnis zwischen Zessionar und Schuldner, die Voraussetzungen, unter denen die Übertragung dem Schuldner entgegen gehalten werden kann und die befreiende Wirkung einer Leistung durch den Schuldner.

Artikel 13

Gesetzlicher Forderungsübergang

- (1) Hat eine Person, der Gläubiger, eine vertragliche Forderung gegen eine andere Person, den Schuldner, und hat ein Dritter die Verpflichtung, den Gläubiger zu befriedigen, oder befriedigt er den Gläubiger aufgrund dieser Verpflichtung, so bestimmt das für die Verpflichtung des Dritten maßgebende Recht, ob der Dritte die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner gemäß dem für deren Beziehungen maßgebenden Recht ganz oder zu einem Teil geltend zu machen berechtigt ist.

- (2) Dies gilt auch, wenn mehrere Personen dieselbe vertragliche Forderung zu erfüllen haben und der Gläubiger von einer dieser Personen befriedigt worden ist.

Article 12

Voluntary assignment

- (1) The mutual obligations of assignor and assignee under a voluntary assignment of a right against another person ("the debtor") shall be governed by the law which under this Convention applies to the contract between the assignor and assignee.

- (2) The law governing the right to which the assignment relates shall determine its assignability, the relationship between the assignee and the debtor, the conditions under which the assignment can be invoked against the debtor and any question whether the debtor's obligations have been discharged.

Article 13

Subrogation

- (1) Where a person ("the creditor") has a contractual claim upon another ("the debtor"), and a third person has a duty to satisfy the creditor, or has in fact satisfied the creditor in discharge of that duty, the law which governs the third person's duty to satisfy the creditor shall determine whether the third person is entitled to exercise against the debtor the rights which the creditor had against the debtor under the law governing their relationship and, if so, whether he may do so in full or only to a limited extent.

- (2) The same rule applies where several persons are subject to the same contractual claim and one of them has satisfied the creditor.

Article 12

Cession de créance

- (1) Les obligations entre le cédent et le cessionnaire d'une créance sont régies par la loi qui, en vertu de la présente convention, s'applique au contrat qui les lie.

- (2) La loi qui régit la créance cédée détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur.

Article 13

Subrogation

- (1) Lorsqu'en vertu d'un contrat, une personne, le créancier, a des droits à l'égard d'une autre personne, le débiteur, et qu'un tiers a l'obligation de désintéresser le créancier ou encore que le tiers a désintéressé le créancier en exécution de cette obligation, la loi applicable à cette obligation du tiers détermine si celui-ci peut exercer en tout ou en partie les droits détenus par le créancier contre le débiteur selon la loi régissant leurs relations.
- (2) La même règle s'applique lorsque plusieurs personnes sont tenues de la même obligation contractuelle et que le créancier a été désintéressé par l'une d'elles.

L e b e n s l a u f

Name	Hubertus Keller
geboren am	2. März 1955
in	Aschaffenburg
Familienstand	ledig
Staatsangehörigkeit	deutsch

Ausbildung:

1961 - 1965	<u>Grünwaldschule</u> in Aschaffenburg
1965 - 1974	<u>Kronberggymnasium</u> , neusprachlicher Zweig, in Aschaffenburg
22. Juni 1974	<u>Abitur</u>
1974 - 1979	Jurastudium von 10 Semestern an der Ludwig-Maximilians-Universität in München
13. Dezember 1979	<u>1. Juristisches Staatsexamen</u> in München
1979 - 1982	Referendardienst
14. September 1982	<u>2. Juristisches Staatsexamen</u> in München
1982 - 1984	Promotionsstudium und Studium der Philosophie an der Ludwig-Maximilians- Universität in München

